民法債編各論

下

戴修瓚著

民法債編各論目錄

第十三章　居間……六四

第十四章　行紀……七四

民法債編各論

戴修瓚著

第十一章　委任（五二八條以下德民六六二條以下瑞債三九四條以下法民一九八四條以下日民六四三條以下俄民二五條以下）

第一節　委任之性質

委任之定義

委任云者。當事人一方。（委任人）委託他方（受任人）處理事務。而他方則允爲處理之契約也。（五二八條）【註一】分析言之。

【註一】　委任制度。肇自羅馬法所謂 Mandatum。德國古法。雖亦有委任觀念。而委任之一般規定。尚屬闕如。迨至德國承繼羅馬法。始採用其規定。惟不無差異。即（1）在羅馬法。委任以無償爲原則。而在德普通法時代。則以有償爲原則。（2）在羅馬法。其委任契約。必含有代理權之授與。而在德普通法時代。則委任與代理權之授與。截然有別是也。

委任爲委託處理事務之契約

何謂事務

一　委任者。委任人委託受任人處理事務之契約也。

1　事務之意義　事務維何。依給付勞務可以達到一定目的之事件是也。【註二】苟事件之性質上。有一定之目的。而依給付勞務。可以達到者。斯爲事務。既不問其目的爲法律的或經濟的。【註三】而所給付之勞務。亦不問其種類也。【註四】

【註二】　何謂事務。學者之間。議論紛紜。茲列舉主要學說。以備參攷。

（一）　無限制說　此說謂契約之目的。在以勞務與報酬相交換者。斯爲僱傭契約。若當事人間之契約。以相互間之信用爲基礎。其一方委託他方處理事務。而他方亦允爲處理者。則爲委任契約。故僱傭與委任之區別。不在行爲之種類。而在使爲行爲之方法。是否出於委託。因其就行爲之種類。不加限制。多以無限制說稱焉。

（二）　就行爲之種類以求限制說　此說之中。更分爲二。

（1）　法律的行爲說　此說謂法律行爲及法律上之行爲。始得稱爲事務。

（2）　經濟的行爲說　此說爲德民解釋上之通說。凡經濟上有利事件。斯爲事務。非僅限於

法律的行爲也。

（三）以行爲之目的爲標準說　此說謂依給付勞務。可以達到一定目的之事件。斯爲事務。本書採之。

【註三】法律的或經濟的之意義。請參照事務之種類。

【註四】考羅馬法、德普通法、法民法、日舊民法。以低級勞務之契約爲僱傭。而以高級勞務之契約爲委任。但我民法。並未設此區別。故給付高級勞務之契約。非必即爲委任。如病人委託醫生治病。係以醫病之目的。委託處理醫治事件。其爲委任契約無疑。但病院聘用醫生。在使給付醫治勞務。則爲僱傭契約。又病人與醫生。約定診金。包醫某病。在使完成一定工作。則爲承攬契約矣。

事務之種類

2　事務之種類　凡屬事務。必爲有一定目的之事件。前經述明。茲因其目的之不同。得分爲左列各種。

甲　法律的事務

A　法律行爲　凡屬法律行爲。除性質上不得委任者（如結婚離婚是）外。均得委託他人處理。

B　法律的行爲　更得分爲二種。卽（一）法律行爲以外之私法的行爲。如催告、同意、拒絕、通知、無因管理等是。（二）公法的行爲。如訴訟行爲、登記聲請、法人設立之許可聲請等是。

乙　非法律的事務　更得分爲二種。卽（一）經濟的事務。謂經濟上利益範圍內之事件。如看管財產、計算事務。研究法律問題、財政整理等是。（二）單純事實行爲。如代讀祝詞弔辭是。

我民法上無準委任

考日本民法。僅限於法律行爲之委託。始稱爲委任。（日民六四三條）其他事務之委託。則稱爲準委任。使得準用委任之規定而已（日民六五六條）至於我民法。僅規定委託處理事務（五二八條）並無法律行爲及其他事務之分。凡屬上述各種事務。皆得爲委任契約之標準的。自亦無日民所謂委任與準委任之分也。

事務須爲委任人之事務

3　事務須爲委任人（或第三人）之事務　委任乃委任人委託受任人。使處理事務之契約。故就契約之性質言之。其事務須爲委任人或第三人之事務。若約使受任人處理其本身事務。不得謂爲委任。僅係一種忠告而已。又事務苟係委任人或第三人之事務。縱令委任事務執行之結果。其利益歸屬於受任人。仍不失爲委任。例如以擔保之目的所爲之委任索取。委託受任人修繕其所租借之房屋是。

何謂處理

4　處理事務之意義　處理云者。謂依委託之本旨。而處分管理其事務也。按事務乃依給付勞務。可以達到一定目的之事件。故受任人須努力達到事務之目的。凡以圖達其目的之手段。所給付之各種勞務。統謂爲處理事務。

何謂委託

5　處理事務之委託　委託云者。謂委而且託也。即委任人信任受任人。委以事務。託其處理。並使多少有獨立的決定權也。若約使他人給付勞務。而指定其一切事項。毫不酌留獨立之決定範圍。則爲僱傭契約。不得稱委任。但苟不妨害受任人之獨立性。縱令其處理事務。依從委任人之指示。仍不失爲委任。（五三五條前段參照）

委任與僱傭之差異

委任與承攬之差異

6　委任與僱傭承攬等之區別　按僱傭、承攬、委任等契約。其內容均須給付勞務。似頗相類。然僱傭契約。在使應服勞務。僅以給付勞務爲目的。此外別無目的。而委任契約。在使處理事務。雖須給付勞務。並非其契約之目的。不過以爲手段。而圖達處理事務之目的耳。此卽委任與僱傭所以異也。至於委任之處理事務。須有一定之目的。固與承攬之完成工作。尤相類似。然委任在使按一定目的之方向。處理事務。並非以完成爲要件。故在委任。其受任人。應自己處理事務。原則上不得使第三人代爲處理。（五三七條參照）而在承攬。則重在工作之完成。苟能完成工作。非必須承攬人自盡其勞務。雖使用他人。亦無不可。又在委任。處理事務。雖未完畢。其受任人之應受報酬者。得按其已處理之部分。請求報酬。（五四八條參照）而在承攬。其報酬之給付。係對於工作之完成。如工作向無結果。承攬人雖盡勞務。原則上不得請求報酬。此卽委任與承攬所以異也。

我民法於僱傭定爲服勞務。於承攬定爲完成一定工作。於寄託定爲物之保管。於

委任定爲處理事務。固各爲特定要件。俾資區別。而均須給付勞務。則彼此攸同。故關於勞務給付之契約。其各具備僱傭、承攬、寄託及其他契約之要件者。自分別適用各該契約之規定。若其不屬於法律所定其他契約之種類者。則應適用關於委任之規定。（五二九條並參照瑞債三九四條後段德民六七五條）此之謂處理勞務之委任契約。【註五】

處理勞務之委任契約

【註五】在給付勞務之契約。最難區別者。厥爲僱傭與委任。期間之長短。報酬之有無。在我民法。均不足爲區別之標準。竊以其區別標準。即在債務人處理勞務。有獨立的決定權者。斯爲委任。而其方法內容。全依債權人之指示。毫無獨立的決定權者。則爲僱傭。

委任爲允爲處理之契約

二　委任者受任人允爲處理之契約也　委任既爲契約。其成立自須有受任人之承諾。所謂允爲處理者。即須有承諾之義也。當委任人爲委託要約之初。在受任人承諾與否。概屬自由。且原則上。其拒絕承諾。亦無通知之義務。但有承受委託處理一定事務之公然表示者。如律師、會計師之類。執行職務。公然表示。願承受法律事務或計算事務者。對該事務之委託要約。拒絕承諾時。應即爲拒絕之通知。如不即

視爲允受之情形

為拒絕之通知。則視為允受委託即視承諾是也。（五三〇條德民六六三條瑞債三九五條）

委任以無償為原則以有償為例外

三　委任係無償契約或有償契約　據我民法五四七條之解釋。原約定報酬者。或雖未約定報酬。而依習慣。或依委任事務之性質。應給與報酬者【註六】受任人始得請求報酬。是我民法之委任。乃倣多數立法例。以無償為原則。而以有償為例外。【註七】故無償委任。為無償契約。而有償委任。則為有償契約。

【註六】　考德民明定委任為無償契約。（德民六六二條）日民規定除有特約訂明報酬者外。受任人不得請求報酬。（日民六四八條一項）亦以無償為原則。此等民法之規定。與商人營利之性質不符。在商業界。殊難適用。故德商設特別規定。凡於自己之營業範圍內。代他人擔當行為或給付勞務者。雖無特約。亦得按地方習慣之額數。請求報酬。（德商三五四條一項）又日商亦設特別規定。凡商人於其營業範圍內。代他人為行為者。得請求相當之報酬。（日商二七四條）此等商法之規定。均以有償為原則。而與各該國之民法異矣。至於瑞債。雖亦以無償為原則。但因民商統一。須適用同一規定。遂加入依習慣得請求之規定。以便商人。其文曰。報酬限於曾經合意者。或有習慣

者。始支付之。（瑞債三九四條二項）我民法係倣瑞債。設有依習慣或依委任事務性質。得請求報酬之規定。故商人在其營業上。爲他人處理事務者。雖未約明報酬。仍得依商業習慣。請求報酬。又律師爲他人辦理法律事務。會計師爲他人辦理會計事務。醫師爲他人醫病。雖未約明報酬。亦得請求報酬。以所委託之事務其性質上屬於律師、會計師、醫師等所營之職業也。

【註七】　考各立法例。其委任多以無償爲原則。而以有償爲例外。如法民一九九條奧民一〇〇〇條瑞債三九四條日民六四八條俄民二五一條等是。惟德民六六二條。則定爲無償契約。我國第一次民草倣之。（民草七六五條）故在德民。以有償無償。爲僱傭與委任區別之標準。

無償委任爲片務契約有償委任爲雙務契約

四　委任係片務契約或雙務契約　無償委任成立之初。僅使受任人一方。負擔處理事務之債務。在委任人。雖亦負擔償還費用等義務。（五四六條參照）乃因特別事由而發生。究無對價的關係。其爲片務契約。毫無疑義。至於有償委任。一面使受任人。負擔處理事務之債務。而他面復使委任人。負擔支付報酬之債務。雙方當事人。均負債務。且有對價的關係。其爲雙務契約。亦甚顯然。故無償委任。爲片務契約。而

有償委任。則爲雙務契約也。

係諾不要約

五　委任係諾成契約並不要式契約　蓋委任契約。其雙方當事人。對於委任要點意思一致時。即行成立。並不以完結某種給付爲其成立要件。自係諾成契約。又其成立。毋庸履行一定之方式。其爲不要式契約。亦無疑義。雖普通多由委任人向受任人。交與委任狀。（或稱爲授權書）然此乃表示授與代理權。並非委任契約成立之要件。自不得謂爲締結委任契約所應履行之方式也。

第二節　受任人之權限

與授爲不

一　委任與代理權　委任與代理權授權行爲。觀念各別。不可相混。蓋委任乃於當事人間。發生權義關係。而代理權授權行爲。乃本人以代理權。授與他人。使有代理之法律上資格。【註一】前者爲契約。後者爲單獨行爲。【註二】性質既不相同。且前者爲內部關係。在使受任人。對委任人。負擔處理事務之債務。後者爲對外關係

。在使代理人與第三人所爲之法律行爲。得直接對於本人。發生效力。關係亦彼此各異。惟委任人處理事務。多須對外與第三人爲法律行爲。故締結委任契約。多並爲代理權之授權行爲。是以有委任而並授與代理權者。亦有僅委任而不授與代理權者。要之委任究非代理權發生之原因。〔註三〕僅爲其所以授與之基礎法律關係而已。〔註四〕

委任與代理權之關係

我民法上所謂處理權。在委任而並授與代理權時。乃兼指內部處理權限及對外代理權而言。但在僅委任而不授與代理權時。則僅指內部處理權限而已。按處理權限。據民法第五三二條一項之規定。依委任契約或其委任事務之性質定之。毋庸再行授與。故民法第五三一條所謂處理權之授與。乃指代理權之授與而言。

何謂處理權

委任人對於受任人。其授與代理權。有明示者。有默示者。在通常情形。固多交付委任狀。然委任狀之交付。乃授與代理權（即我民法所謂授與處理權）之證據。並非授權行爲之要件。故授與代理權時。是否交付委任狀。原則上在所不問。惟委任事務之處理

。須爲法律行爲。而該法律行爲。依法應以文字爲之者。【註五】其代理權（卽處理權）之授與。亦應以文字爲之。（五三一條）蓋該法律行爲之限於文字。期在明確。故其代理權之授與。亦限以委任狀（卽授權書）之書面行之。俾代理權。容易證明。而第三人。亦不至受意外之損害也。

處理權授與之須以文字者

委任事務之處理。須爲法律行爲時。受任人究以自己名義。抑以委任人之名義。法無限制。惟曾授與代理權時。受任人以委任人名義所爲之法律行爲。應直接對於委任人。（卽所謂本人）發生效力。若未授與代理權時。則受任人僅可以自己之名義。爲其法律行爲。所生之效力。亦先歸屬於自己。然後移轉於委任人。卽所謂間接代理是也。

受任人處理事務之名義

【註一】何謂代理權。請參照拙著債編總論中代理權之意義。（見上册八三頁）

【註二】授權行爲。係單獨行爲。請參照拙著債編總論授權行爲之性質。（見上册八五頁）

【註三】考各立法例。以委任契約爲代理權授與之原因者。卽謂委任契約。當然含有代理權之授

與者。僅有奧民（一〇〇二條以下）法民（一九八四條）而已。至於德民、瑞債、日民。則均於委任與代理權授權行為。設有區別矣。

【註四】　關於基礎法律關係之說明。請參照拙著債編總論授權行為之性質。（見上冊八五頁八六頁）

【註五】　所謂法律行為。依法應以文字為之者。例如不動產物權之移轉或設定。應以書面為之者是。（七六〇條）

【註六】　考俄民法。關於委任狀。規定頗詳。（俄民二六四條至二七五條）

委任之範圍

二　委任之範圍　受任人處理委任事務時。其得處理之範圍。即權限若何。依委任契約之訂定。若未訂定者。依其委任事務之性質定之。（五三二條一項瑞債三九六條一項）且我民法。依委任範圍之廣狹。分為左列二種。（五三二條二項）

概括委任

1　概括委任　凡就一切事務。而概括的委任者。謂之概括委任。如將營業上一切事務或全財產之一切事務。總括的委任處理。又如將清算上一切事務。總括的

委任處理是。

特別委任

2　特別委任　指定一項或數項事務。而個別的或部分的委任者。謂之特別委任。例如委任購買某種貨物。或委任索取欠款。兼以所收之款。購買某種貨物。又如百貨公司之進貨股主任。或製造公司之批發股主任是。

委任範圍與代理權範圍

三　委任範圍與代理權之範圍　受任人之代理權。為委任人所授與。其為意定代理權。毫無疑義。按意定代理權之範圍。固應由授權行為之解釋定之。而由法律明定者。亦復不少。如經理人、代辦商代理權之法定範圍是。（五五四條至五五一條五五八條二項三項）然法律若無規定。而授權行為之有無或解釋亦不明時。則代理權之範圍。究無從知曉。而第三人亦難免因此受損。故法律復以代理權授與之基礎關係為標準。設推定的規定。以明確其範圍。即在特別委任。推定有特別代理權。在概括委任，則推定有一般代理權是也【註七】如欲推翻此推定。不僅須證明代理權授與之際。曾加限制。並須證明相對人知此限制。或可得而知。務使善意之第三人。不至因此受損。

特別委任與特別代理

1　特別委任與特別代理　關於某項行爲。個別的或部分的授與代理權者。謂之特別代理。夫特別委任。其目的在使委任人處理個別的或部分的委任事務。如欲達此目的。不能不授與特別代理權。故法律規定受任人受特別委任者。就委任事務之處理。得爲委任人爲一切必要之行爲。（五三三條）以推定在特別委任。必有特別代理權。所謂得爲一切必要之行爲者。言於達到處理委任事務目的所必要之行爲。均有代理之權限也。例如委託索取欠款。自得代出收據。又如委託出賣某種貨物。自得代定交貨之處所時期等是。

概括委任與一般代理

2　概括委任與一般代理　關於全財產或特別財團。總括的授與代理權者。謂之一般代理。夫概括委任。其目的均在使受任人。處理總括的委任之一切事務。如欲達此目的。不能不授與一般代理權。故法律規定受任人受概括委任者。得爲委務任人爲一切法律行爲。（五三四條本文）以推定在概括委任。必有一般代理權。所謂得爲一切法律行爲者。言於事務處理上之一切法律行爲。均有代理之權限也。但特

一般代理之限制

別重要之行爲。於委任人。關係甚大。雖在一般代理。亦無效力。必須另有特別代理。始得爲之。故法律更規定下列行爲。須有特別之授權。始得爲之。卽（一）不動產之出賣。或設定負擔。（例如出典或抵押是）（二）不動產之租賃。其期限逾二年者。（三）贈與。（四）和解。（五）起訴。（六）提付仲裁等是也。（五三四條但書並參一九八九條照法民一九八八條）

【註七】考外國立法例。對於特別代理與一般代理。有明文規定者。爲普國國法（一部十三章九九條至一〇九條）及法民法。（一九八七條）

第三節　委任之效力

第一款　受任人之義務

受任人之義務

處理之義務

一　處理委任事務之義務　處理委任事務。爲受任人之主要義務。卽應依委託之本

務

旨。而處分管理其事務也。玆述其要點於左。

處理之注意程度

1　注意程度　受任人應以相當之注意。處理委任事務。惟我民法。依委任之有償或無償。而異其注意程度。卽在有償委任。受任人應以善良管理人之注意爲之。而在無償委任。則僅須與處理自己事務。爲同一之注意。（五三五條後段）

處理之依從指示

2　依從指示　受任人處理委任事務。應依委任人之指示。（五三五條前段）若變更指示。卽爲不依債務之本旨。應負損害賠償之責。受任人非有急迫情事。並可推定委任人若知有此情事。亦允許變更其指示者。不得變更委任人之指示。（五三六條並參照德民六六五條瑞債三九七條）質言之。卽時機緊迫。無暇得委任人之允許。且指示原有錯誤。或指示後情形遽異。預料雖變更指示。亦可邀委任人同意者。始得變更指示。

原則上須自己處理

3　以自己處理爲原則　委任契約。重在對人的信用關係。受任人自應自己處理委任事務。（五三七條本文）但不無例外。

複委任

甲　複委任　經委任人之同意。或另有習慣。或有不得已之事由者。（例如受任人疾病、

（或須有特別技術是）受任人得使第三人代爲處理。（五三七條但書）此之謂複委任。故複委任原所不許。僅於上述特別情形時。始認許耳。【註一】

受任人所爲複委任。經法律認許時。僅就第三人之選任。及其對於第三人所爲之指示。負其責任。（五三八條二項）若所爲複委任。非法律所許時。則就第三人之行爲與就自己之行爲。負同一之責任。（五三八條一項）

【註一】　考各立法例關於複委任。在原因上。均所不許。（德民六六四條瑞債三九九條法民一九九四條奧民一〇一〇條）其規定與我民略同。

單純補助

乙　使第三人補助　受任人自己處理事務時。得使用第三人。以爲單純補助人自不待言。唯就該補助人之行爲。應與自己之行爲。負同一責任。（二二四條參照）

4　處理事務請求權之讓與　委任人非經受任人之同意。不得將處理委任事務之請求權。讓與第三人。（五四三條）蓋亦以委任契約。重在對人的信用關係故也。

報告義務

二　處理事務狀況及顛末之報告義務　委任人應將委任事務進行之狀況。報告委任

人。（五四〇條前段）即在處理事務中。委任人請求報告時。固應即報告。雖未請求。而認爲有報告之必要時。（例如進行有妨礙時或恐有受危險之虞時等是）亦應隨即報告。〔註二〕再委任關係終止時。應明確報告其顛末。（五四〇條後段）

〔註二〕 日民瑞債。均規定在處理事務中。須委任人請求報告時。受任人始有即時報告之義務。（日民六四五條瑞債四〇〇條一項）並無自爲必要報告之義務。自我民有別。惟德民則與我民同。（德民六六五條）

交付義務

三 金錢物品及孳息之交付義務 受任人因處理委任事務所收取之金錢物品及孳息。應交付於委任人。（五四一條一項）

1 金錢物品之交付範圍 受任人因處理委任事務所收取之金錢物品。通常固多自第三人收取者。然亦有自委任人收取者。例如原交旅費之賸餘或原交之證書文件等是。

2 孳息之交付範圍 凡因處理委任事務所收取之孳息。無論天然孳息。或法定

孳息。均應交付。

3　交付之時期　當事人曾經訂定時。從其訂定。若未經訂定。則除有特別情事或法律別有規定外。概認爲無確定期限之債務。自受委任人催告時起。受任人始負遲延之債。（二二九條二項參照）

移轉義務

四　權利移轉之義務　受任人以自己之名義。爲委任人取得之權利。應移轉於委任人。（五四一條二項）

1　有代理權者　受任人經委任人授與代理權者。其與第三人爲法律行爲。係以委任人之名義。而所生權利義務。亦直接歸屬於委任人。（一〇三條一項參照）自無所謂移轉。

2　無代理權者　受任人未經委任人授與代理權者　其與第三人爲法律行爲。係以受任人自己之名義。而所生權利義務。乃歸屬於受任人。須有移轉行爲。然後移歸於委任人。故受任人以自己之名義。爲委任人取得之權利。應有移轉之程序

也。

利息支付及損害賠償義務

五　支付利息及損害賠償之義務　受任人爲自己之利益。使用應交付於委任人之金錢。或使用應爲委任人利益而使用之金錢者。應自使用之日起。支付利息。如有損害。並應賠償（五四二條）蓋受任人之此項使用行爲。顯係違背契約。故不問有無故意或過失。應使自使用之日起。支付法定利息。即年息五厘。（二〇三條）如支付利息外。尚有損害、並使賠償。惟委任人請求法定利息。毋庸證明損害。而於利息外。更請求賠償。則須證明之。（二三三條二項參照）

損害賠償責任

六　損害賠償之責任　據民法第五四四條之規定。受任人負損害賠償之責任者。共有左列二種。

1　過失之損害賠償　受任人應以相當之注意。處理委任事務。若欠缺注意。即爲有過失。委任人因此受損害時。受任人對於委任人。應負賠償之責。惟受任人所負過失責任。因有償無償。而重輕不同。在有償委任。所謂過失。（五四四條前段）乃

指抽象的過失而言。受任人欠缺善良管理人之注意時。卽應負責。其所負過失責任較重。而在無償委任。則受任人僅就重大過失。負過失責任。（五四四條二項）中言之。卽受任人須有重大過失時。始負損害賠償之責。若抽象的過失。則不負責。其所負過失責任較輕。蓋無償委任。受任人方面。毫無利益。自應減輕過失責任。以期公允也。

2　逾越權限之損害賠償　受任人之行爲。逾越委任權限。致委任人受損害時。不問受任人有無過失。均應使對於委任人。負賠償之責。（五四四條後段）蓋逾越權限。卽屬故意。有無過失。不必再問矣。

第二款　委任人之義務

委任人之義務。有無償委任與有償委任所共同者。亦有僅有償委任所特有者。茲述於左。

委任人之義務

付預費用之義務

一　預付費用之義務　委任人因受任人之請求。應預付處理委任事務之必要費用。（五四五條）蓋使委任人預付費用。以便受任人代爲處理事務也。若委任人不爲此項預付。則受任人得拒絕事務之處理。至受任人對此項預付請求權。能否聲請法院強制執行。不無爭議。竊以消極說爲當。蓋以受任人僅有處理事務之義務。並無其權利也。

墊付費用償還義務

二　墊付費用償還之義務　受任人因處理委任事務。支出之必要費用。委任人應償還之。並付自支出時起之利息。（五四六條一項）蓋受任人代委任人處理事務。其因此墊出之費用。自應由委任人償還。且受任人一經墊出。即不得自行利用。更應由委任人支付年息五厘之利息。以資補償。故規定委任人負墊付費用償還及支付利息之義務也。

受任人於支出當時。以善良管理人之注意。認爲處理事務所必須支出者。即可請求償還。至客觀的是否必要。及支出有無實效。則非所問。

債務清償之義務

三　債務清償之義務　受任人因處理委任事務。負擔必要債務者。得請求委任人代爲清償。未至清償期者。得請求委任人提出相當擔保。（五四六條二項）所謂因處理委任事務負擔必要債務者。例如處理事務須開支費用時。受任人以自己名義。借用金錢。又如委託購買貨物時。受任人以自己名義。負擔價金支付之債務是。受任人之負擔此等債務。係因代委任人處理事務。自不應使之受損。故已屆清償期者。得請求委任人代爲清償。其未屆清償期者。亦得請求委任人提出相當擔保。以確保將來之代償。

損害賠償義務

四　損害賠償之義務　受任人處理委任事務。因非可歸責於自己之事由。致受損害者。得向委任人請求賠償。（五四六條三項）蓋委任人既利用受任人。代自己處理事務。享受其利益。故受任人因此所受之損害。亦應由委任人負擔也。【註一】至此項損害賠償請求權之成立。應有左列兩種要件。

【註一】委任人之負損害賠償責任。其損害應否出於委任人之過失。自羅馬法以來。聚訟紛紜。

近世各立法例。或採過失主義。（瑞債四〇二條二項）或採無過失主義。（法民二〇〇〇條與民一〇一四條一〇一五條日民六五〇條三項）德民關於此點。並未明定。學者解釋。多主張過失主義。我國民法。不問委任人有無過失。苟受任人所受損害。係因處理事務。以及受任人並無過失。則委任人即應負賠償之責。其為採無過失主義。甚屬顯然。故以無過失主義所持理由。說明委任人負責之根據。

1 損害須因處理委任事務所受者　凡受任人因適當處理委任事務所受之損害。委任人均應賠償。例如因處理委任事務旅行被盜是。但僅處理委任事務時所受之損害。並非因處理委任事務而生者。則委任人不負其責。

2 須因非可歸責於受任人之事由　即受任人之受損害。須自己並無過失。故受任人處理委任事務。其所採方法有過失。或所受損害有過失時。即無損害賠償請求權。

報酬支付

五　報酬支付之義務　據我民法之規定。委任以無償為原則。（本章一節三參照）故須在有

義務

償委任。其委任人始有報酬支付之義務。而無償委任則否。

1 報酬之種類　報酬固常多以金錢給付。然約以他種給付。亦無不可。

2 報酬之數額　報酬之數額。多由當事人。按處理事務之難易。自由訂定。其未訂定者。亦得依委任事務之性質。據交易上之觀念。以確定之。

3 報酬支付之時期　當事人關於報酬支付之時期。訂有特約者。從其特約。若未訂定。則受任人非於委任關係終止。及為明確報告顛末後。不得請求給付。(五四八條一項)蓋以委任人之支付報酬。係對於處理委任事務之酬報。故原則上。受任人非於委任事務處理完畢時。不得請求報酬也。

比例報酬

4 半途終止時之報酬　委任關係。因非可歸責於受任人之事由。於事務處理未完畢前。已終止者。受任人得就其已處理之部分。請求報酬。(五四八條二項)所謂因非可歸責於受任人之事由而終止者。例如委任因委任人之死亡而消滅是。按委任之目的。雖在處理事務。然並非以完成為要件。究與承攬不同。故事務處理雖未完

畢。中途終止委任關係。而其終止在受任人並無過失時。受任人得按其已處理之部分。比例請求報酬。但委任關係之終止。在受任人有過失時。則不得請求報酬。例如因受任人不履行債務。經委任人解除契約是。

第四節 委任契約之終了

委任契約之終了

一方終止

一 當事人一方的終止　委任契約之成立。以對人信用為基礎。信用既失。任何一方。均得隨時終止委任契約。（五四九條一項）

當事人之任何一方。固得隨時終止委任契約。惟於不利於他方之時期。終止契約。應負損害賠償責任。（五四九條二項本文）所謂不利於他方之時期者。就委任人言之。例如不及自行處理。或另使他人處理是。就受任人言之。例如在因處理事務之旅行中。須自備歸途之旅費是。至因非可歸責於該當事人之事由。致不得不終止契約者。仍不負損害賠償責任。（五四九條二項但書）例如受任人因看護重病父母。不能處理事務是。

法定消滅原因

二　法定消滅原因　法定消滅原因發生時。委任關係。當然歸於消滅。毋庸經解除或終止之程序也。

一方之死亡破產或喪失能力

1　當事人一方之死亡破產或喪失行爲能力　委任關係。因當事人一方死亡、破產、或喪失行爲能力而消滅。（五五〇條本文）蓋委任契約之成立。以對人信用爲基礎。當事人之一方既已死亡。其繼承人與他方當事人。未必能互相信用。又當事人之一方既已破產。彼此信用。必難維持。再當事人之一方既已喪失行爲能力。其法定代理人與他方當事人。亦未必能互相信用。故均定爲委任關係之消滅原因也。但契約另有訂定。或因委任事務之性質不能消滅者。其委任關係。仍不消滅。（五五〇條但書）〔註二〕

繼續處理

2　繼續處理之義務　上述法定消滅原因發生時。委任關係。固應歸消滅。但所委任事務。突然停止處理。委任人難免因此受損。故委任關係。因法定消滅原因。歸於消滅。如有害於委任人利益之虞時。受任人或其繼承人或其法定代理人。

於委任人或其繼承人或其法定代理人。能接受委任事務前。應繼續處理其事務。(五五一條)

【註一】考德民法。委任人死亡或喪失能力時。其委任關係。原則上不歸消滅。必須有特別意思表示。始歸消滅。(德民六七二條)至於受任人死亡時。其委任關係則原則上歸於消滅。必須有特別意思表示。始不消滅。(德民六七三條)

一般原因

三 一般消滅原因 即應依一般法律行爲之消滅原因。而歸於消滅也。例如委任事務之完畢。委任事務之履行不能。終期之屆滿。解除條件之成就等是。

視爲存續之情形

四 委任關係存續之視爲 委任關係之消滅原因發生時。應即歸於消滅。但委任關係消滅之事由。係由當事人之一方發生者。他方當事人未及知之。若立即消滅。他方難免因此受損。故規定於他方知其事由。或可得而知其事由前。委任關係。視爲存續。(五五二條)蓋使受任人仍應繼續處理以保護委任人之利益。或使受任人仍得請求報酬也。至於因當事人一方解除或終止歸於消滅者。不適用此項規定。蓋解除或終

止。應向他方當事人。以意思表示爲之。（二五八條二六三條參照）故他方當事人。當然知曉。毋庸特予保護矣。（德民六七四條參照）

第十二章　經理人及代辦商

第一節　總說

商業主體與商業補助人

一　商業主體與商業補助人。以某種行爲爲業。謂之營業。在營業中。以營業所、商號、商業註册、商業帳簿、經理人等特別制度而經營者。謂之商業。其經營商業之人、或法人。謂之商業主體。亦卽所謂商人。【註一】商業事務繁冗。商業主體。如不能獨自經營。則須有各種補助機關。以資利用。此等補助機關。以是否獨立爲標準。得分爲獨立補助人及隸屬補助人。參加商業主體之營業組織、而補助其營業者。斯爲隸屬補助人。如經理人、店員、學徒等是。雖補助商業主體之營業。但非

參加其營業組織者。斯爲獨立補助人。如代辦商、居間人、行紀人、倉庫營業人、運送人、承攬運送人、等是。又以是否補助一定商業主體爲標準。得分爲一定商業主體之補助人及一般之補助人。經理人、店員、學徒、代辦商等。屬於前者。其他補助人。均屬於後者。我民法卽採用第二標準。將經理人及代辦商。規定於一章之中。

【註一】　我國民法採民商統一主義。務避用商業、商人等名稱。但民法中。仍不少槪見。如第五七六條所謂商業上之交易。第九二九條所謂商人間等是。故商業及商人之意義。在我民法。仍須有相當之解釋。按各法例。其主義大別爲三。（一）實質主義。乃依營業之實質。以定商人商業之意義者也。質言之。卽由法律列擧商行爲。其以商行爲爲業者。謂之商人。而商人所爲之營業。謂之商業。德舊商（四條二七一條二七二條）法商（一條六三二條六三三條）日商（四條二六三條二六四條）採之。但機械的列擧。難免掛漏。且不公平。（二）形式主義。乃依營業之形式。以定商業及商人之意義者也。質言之。卽不問營業之實質若何。苟以特別制度經營者。其營業斯爲商業。而

其營業之主體。斯爲商人。瑞士債務法採之。（瑞債八六五條參照）夫法律上所以規定商人及商業之意義者。蓋以商業之特別營業。須適用特別制度。復以商業上之行爲。最尙簡捷。宜適用特別之規定也。果如是。則凡認爲商人商業者。但論其營業是否以特別制度。無須問其營業之實質若何。故形式主義。最爲得當。（三）折衷主義。乃混用上述兩種主義。以定商業及商人之意義者也。質言之。卽一面依營業之實質。定商業及商人之意義。先由法律列擧商業。其商業之主體。斯爲商人。而他面復依營業之形式。定商人之意義。凡以特別制度經營之營業。其實質雖非商業。而其主體。亦認爲商人也。我舊商人通例（一條二條）德新商（一條二條三條）採之。我國民法採民商統一之制。係倣瑞債。雖未如瑞債明定商人商業之意義。然應依形式。以資解釋。卽以特別制度經營之營業。謂之商業。而此項營業之主體。則謂之商人是也。

隸屬補助人之分類

二　隸屬補助人之分類　隸屬補助人。按其地位。大別爲三。一爲得處理營業上全體事務者。如經理人是。二爲得處理營業上一部分事務者。卽如我舊商人通例所謂夥友是。〔註一〕三爲僅供給商業的勞務者。亦可稱爲商業受僱人。卽如我舊商人通

例所謂勞務者是。【註二】我舊商人通例。倣日商法。將此三者。規定於一章之中。統稱爲商業使用人。（舊商人通例六章日商六章）【註三】但我民法。僅規定經理人。並無商業使用人之名稱。【註四】且商業主體與隸屬補助人間之任用契約。非必概爲僱傭。究爲何種契約。應調查彼此間之實際關係。以資決定。要之選任經理人。在委託處理營業上全體事務。自爲委任。其他任用契約。在委託處理營業上一部分事務。兼使供給商業的勞務者。【註五】爲委任與僱傭之混合契約。倘僅在使供給商業的勞務者。則爲僱傭。【註六】由此言之。商業主體與經理人間之關係。並非僱傭。實爲委任。亦不宜稱爲商業使用人。故在我民法上。經理人非商業使用人之一種。

經理人非商業使用人

【註一】 例如經營銀錢出納、貨物買賣等是。

【註二】 商業的勞務。指商業上技術的勞務而言。例如記帳、寫信、管庫、學徒等是。故所供給之勞務。雖有關商業。而非商業上技術者。例如製造之工程師或工人、搬運夫役、法律顧問、專聘醫生等項。均非商業補助人。

【註三】英法兩國法。關於商業使用人。並無規定。瑞士債務法僅規定經理人及商業代理。（瑞債一五章）亦無商業使用人之規定。特使讓諸僱傭。德匈兩國雖設有商業使用人之規定。（德商第一編六章匈商第一編六章）但復另設有商業代理之規定。而經理人。則規定其中。（德商第一編五章匈商第一編五章）故其經理人非商業使用人之一種。（德商商判決錄七卷七八號二四卷六八號參照）

【註四】我民法僅規定經理人。而不規定商業使用人者。以商業主體與隸屬補助人間。兼有委任僱傭兩種關係者。可分別適用該兩種契約之規定。如僅有僱傭關係者。可適用僱傭契約之規定。至於保護勞工之社會政策的規定。則應讓諸勞工法。自毋庸另設規定也。

【註五】例如司銀錢出納者、兼管記帳。又如司買賣貨物者。兼管司庫等是。

【註六】任用契約之性質若何。在日商法學者。解釋紛歧。或以為僱傭契約。（松本總論三六三頁松波總則五八一頁高窪總論五四七頁田中總論一六二頁）或以為委任與僱傭之混合契約。（青木總論一三三頁）或以為有時為委任與僱傭之混合契約。有時僅為僱傭契約。（片山總則論二六五頁

以下）或以爲有時爲委任、準委任契約。有時僅爲僱傭契約。（竹者總論四二〇頁）要之舊派學者。以代理權之發生。出於委任。對於有代理權之經理人（日稱支配人）夥友（日稱番頭手代）等。多謂爲兼有委任關係。或竟謂爲委任關係。新派學者。就商業使用人之意義。認爲僅有僱傭關係。其有代理權者。則認爲另有授權契約。又在德商。其商業主體與商業使用人間之關係。明定爲僱傭契約。（德商五九條）自不生上述爭執。若享有代理權之補助人。則另有商業代理之規定。僱傭委任等關係。不過僅爲代理權所以授與之基礎法律關係而已。（德商五二條一項前段參照）至於我民法。代理權之授與。須另有授權之單獨行爲。而委任、僱傭等契約。均爲所以授與之基礎法律關係。同乎德國。凡隸屬補助人。除經理人。直在委託處理。應爲委任關係外。其餘隸屬補助人。原可均謂爲僱傭關係。稱爲商業受僱人。以僱受人另由授權行爲。亦得享有代理權。與日舊派學者。又享有代理權必須出於委任。因謂兼有委任關係者。大不相同。但德商另有商業代理權一章。其中設有外表的授權（Externe Bevollmächtigung）之規定。因使就營業上某種地位之事實。即認爲享有其地位應有之代理權。（德商五四條）我民法因無商業代理一章。亦未設此規定。經理人之代理權

圍。問另經明定。（民法五五四條五五五條）而其餘享有代理權之隷屬補助人。其代理範圍。則應適用委任中特別委任與特別代理之規定。（卽民法五三三條並參照本書一五頁）故任用契約。在委託處理營業上一部分事務。並使供給商業的勞務者。應解爲兼有委任關係。使得適用委任中特別代理之規定。

商業代理權

三　商業代理權　商業主體。關於營業。對其補助人所授與之代理權。謂之商業代理權。（Handlungs Vollmacht）商業主體與其補助人之間。其基礎法律關係。無論或爲委任。或爲委任僱傭之混合。或爲僱傭。均得授與代理權。其授與之表示。明示默示。均無不可。通常默示者居多。明示者較少。至商業代理權之種類。大別爲三。卽一般商業代理權（General Handlungs Vollmacht）部分的商業代理權（Spezialhandlungs vollmacht）個別的商業代理權（Einyil handlungs vollmacht）是也。商業主體對於擔任處理營業上全體事務之補助人。授與一般商業代理權。例如經理人是。對於擔任處理營業上一部分事務之補助人。授與部分的商業代理權。對於

特使對外爲某個行爲之補助人。則授與個別的商業代理權。我民法關於經理人及代辦商之代理範圍。固已明定。（民法五五四條五五五條五五八條二項三項）而其他補助人享有部分的或個別的代理權者。則適用委任中特別代理之規定。（卽民法五三三條並參照本節註六後段）

第二節　經理人

第一款　經理人之意義

經理人之定義

經理人（Prokurist）云者。謂由商號授與經理權。（Prokura）使得爲商號管理事務及爲其簽名之隸屬補助人也。（民法五五三條並參照五五六條前段）分析言之。

商號之意義

一　何謂商號　商業主體。在其營業上。用以表彰自己之名稱。斯爲商號。（Handelsfirma, trade name）【註一】故商號乃表彰商業主體。非表彰、營業或營業所。茲所謂商號。卽指商業主體而言。我民法亦以商號所有人稱之。而所謂由商號授

與經理權。亦卽指商業主體以特定商號名義授與經理權而言。是以商業主體任用經理人。須表明爲某商號營業設置也。

【註一】我國民法關於商號。未另設規定。但瑞俄兩國。其採民商統一主義。同乎我國。瑞在其債務法第二編第三三章中。設有商號之規定。俄於一九二七年。頒行商號條例。想我國將來亦必頒行商號條例。

經理權之意義

二　經理權之授與　我民法所謂經理權。乃兼指內部之營業全體處理權限。及對外之一般商業代理權而言。【註二】且此法定範圍。原則上不得限制者也。蓋商業主體(卽商號)選任經理人。原則上在關於特定商號之營業全體。委託處理事務。並使得對外代理。就其內部委任關係言之。原則上應有營業全體處理權限。就其對外代理關係言之。原則上應有一般商業代理權。但委任與代理權授與行爲不同。縱有委任關

經理權之授與

係。而代理權必須另行授與。故經理權必須授與。其授與之表示。明示默示。均無不可。(五三三條二項)【註三】且苟經表示授與經理權。非必須以經理人之名稱。雖以其他

名稱。亦無不可。【註四】

【註二】 Prokura 即經理權用語。肇自中世紀意大利。原不過為代理或代表之意義。用以表示商業代表人之代理權。範圍廣狹。原不一定。嗣後行用商業註冊簿。始認為一般商業代理權。（General handlungs Vollmacht）及德舊商法。遂創經理人制度。德新商、匈商、瑞債、日商、我舊商人通例。相繼倣之。其所謂經理人。乃指由商業主體授與經理權者而言。而所謂經理權。乃指得為營業上一切行為。且原則上不得限制之商業代理權而言。此種經理權。與一般商業代理權無異。故在德國法系。其所謂經理權。係專指經理人對外之一般商業代理權而言。與我民之解釋。稍有不同。至於英國法系及法國法系。並無經理人相當之制度。意商之 istitore。及葡商之 Gerente de Commercio 等。雖與經理人。稍相類似。然亦非相當之制度。

【註三】 按德商法之規定。經理權之授與。必須明示。（德商四八條）自與我民不同。所謂默示。例如補助人使用經理人之名稱。而商業主體並不表示否認。又如商業主體。以廣告表示聘請某人為經理人是。

【註四】　德商第四八條僅規定經理權之授與。必須明示。是否應以經理人名稱。未設限制。但僅柯隆克氏。解爲應以經理人之名稱。日商舊派學者。多主張須以經理人之名稱。（青木總論二七八頁松波總論五九八頁柳川論綱四九頁片山總則二七一頁高窪總論五七四頁）而新派學者。則多主張無須限制。（松本總論三七四頁竹田總論四三三頁田中總論一六五頁）我國判例。亦謂其名稱依地方習慣。非必盡同。苟於習慣上實有與經理人同一之意義者。（例如舖掌、執事、掌櫃之類）亦得適用經理人之規定。（大理院五年上字第五一五號判例）

經理人得爲商號管理事務及爲其簽名

三　經理人得爲商號管理事務及爲其簽名　經理人既享有經理權。依其內部委任關係。自應爲商業主體。（卽商號）處理事務。其得處理之範圍卽權限若何。則由法律明定得爲商號管理事務及爲其簽名。（五五三條一項）此爲經理權內部處分之法定範圍。

管理事務之意義

1　何謂爲商號管理事務　卽商業主體爲特定商號。設置經理人時。則特定商號之營業上事務、全由經理人處理也。故經理人之內部處分範圍。廣及特定商號之營業全體。苟屬營業上之事務。無論爲法律的事務。或非法律的事務。均得處理

之。但經理人之處理權限。既以特定商號之營業爲限。自不及於商業主體所有各種營業。又既以營業上事務爲限。則與營業無關之事務。非經特別委任。亦不得處理。

何謂爲商號簽名

2 何謂爲其簽名　即經理人處理營業事務。倘須以文件。而文件之上。又須簽名時。得由經理人代商業主體。（即商號）而簽名是也。其簽名方法。通常固多簽自己之名。並標明某商號經理人字樣於其上。但我民法並無此種要求。【註五】故經理人得僅用商業主體之商號或其姓名而表示之。又或僅簽自己之名時。如能認係爲商業主體所爲。並第三人所得知者。亦無不可。

【註五】 德商（五一條）及我舊商人通例。（三四條）均明定經理人須簽自己之名。並標明某商號經理人字樣於其上。但德商學者。尚有謂爲取締規定。雖未標明上述字樣。仍不影響於簽名之效力。（Wieland S. 363 fg）

經理權內

3 經理權內部處理範圍之限制　經理人之內部處理範圍。既廣及於特定商號之

營業全體。故商業主體。原則上僅得按每一個商號之營業。設置經理人。但不無左列例外。

部處理範圍之限制

限於管理商號事務之一部者

甲　經理權得限於管理商號事務之一部者　商業主體。以一個商號而經營數種營業時。其每一種營業。在法律上均爲商號事務之一部。在此情形。商業主體。得按各種營業。分別設置經理人。或就其中某一種營業。另行設置經理人。使此等經理人之處理範圍。僅限於商號事務之一部。（五五三條三項前段）至於僅就一種營業。擔任處理其事務之一部者。斯爲夥友。自與玆所謂管理商號事務之一部者。大不相同。此則解釋上所應注意者也。

限於一分號或數分號者

乙　經理權得限於商號之一分號或數分號者　商業主體於一個商號營業。而有數個營業所者。其數個營業所之間。自生主從之別。爲主者曰本店。爲從者曰分號。（亦稱爲支店）在此情形。商業主體得就每一分號。分別設置經理人。或就數分號設置經理人。使此等經理人之處分範圍。僅限於商號之一分號或數分號。

（五五三條三項後段）【註六】

【註六】我舊商人通例及日商法。一營業而有數個營業所者。必須按營業所之數。分別設置經理人。（我舊商人通例三七條商業註册規則施行細則二六條二款三款日商二九條三一條參照）又德商法同一商業主體而有數個營業所者。須各營業所。各異其商號。始得分別設置經理人。惟支店之商號。如標明足以表示支店之字樣。亦視爲各異其商號。（德商五〇條三項）其解釋結果。與我舊商人通例、日商。尙無大差。故此等立法例。與我民法所定。均有不同。

共同經理

丙　設置共同經理人者　即商業主體。（即商號）得設數經理人。使共同行使經理權是也。（五五六條本文）俟於第三款中詳述之。

一人兼充數商號之經理人

4　數商號之經理人　商業主體。以數個商號。經營數種營業時。固應按每一個商號。分別設置經理人。但亦不妨以同一經理人。兼充數個商號之經理人。在此情形。應解爲對於同一人。授與數個經理權。即以一人而同時兼有數個經理人之權限也。

經理人係隸屬補助人

四　經理人係隸屬補助人之一種　經理人參加商業主體之營業組織。而補助其營業。並非自爲營業主體。故爲隸屬補助人。其與他項隸屬補助人異者。即以經理人有法定範圍之經理權。爲其區別之唯一標準。

第二款　經理人之代理範圍

經理權對外代理之法定範圍

一　經理權對外代理之法定範圍　經理人既享有經理權。依其對外代理關係。自得代理商業主體。（即商號）與第三人爲行爲。其得代理之範圍若何。則爲民法第五五四條及第五五五條所明定。故經理權之對外代理。可謂爲有法定範圍。但其經理權之發生。出於商業主體之授與。仍爲意定代理人。並非法定代理人。茲就其對外代理之法定範圍。說明於左。

1　就其處理範圍得代爲管理上一切必要行爲　經理人對於第三人之關係。就商號或其分號或其事務之一部。視爲其有爲管理上一切必要行爲之權。此爲民法第

對外代理範圍以內部處理範圍爲標準

於處理範圍內得爲管理上一切行爲

管理上卽指營業上而言

何謂營業上行爲

五十四條一項所明定。據此條分析言之。

甲　處理範圍與代理範圍　對外代理範圍。以內部處理範圍爲標準。此爲對外代理之外表的輪廓問題。卽就特定商號設置之經理人。其代理範圍。廣及該商號之營業全體。此卽所謂一般商業代理權。但不無限制。卽就分號設置之經理人。其代理範圍。以該分號爲限。又就商號所營某種營業設置之經理人。其代理範圍。以該商號事務中關於該種營業之部分爲限。

乙　對外代理之內容的範圍　卽經理人在其處理範圍內。凡管理上一切必要行爲。均得代理爲之。所謂管理上。卽指經理人所處理之營業上而言。更分說之。一必要行爲。均得代理爲之。所謂管理上。卽指經理人所處理之營業上而言更分說之。

A　營業上行爲　所謂營業上行爲。指關於營業之行爲而言。其是否有關營業。應就行爲抽象的觀察之。經理人之行爲。苟抽象的足認係得爲營業所爲

之行爲。則具體的是否眞爲營業而爲。在所不問。【註一】再其行爲所生之權利義務。直接歸屬於商業主體。此由代理原則當然發生之結果。至其代爲之利不利。及當不當。僅為商業主體與經理人之內部關係。不得以對抗第三人。【註二】

【註一】例如經理人以商業主體名義。借入金錢。而私行消費時。苟性質上。在一般情形。足認係爲商業主體所借入者。仍應由商業主體負責是。

【註二】前大理院判例。謂經理人所爲之行爲。苟係營業範圍內者。雖或損及主人。或有舞弊情事。或將所收之款。私行挪用。仍對主人。發生效力。除與第三人有串同舞弊實據外。主人不得以爲理由。對抗第三人。（三年上字一四號三年上字八二四號四年上字二四三號五年上字九八一號五年上字一二六〇號參照）

何謂一切必要行爲

B　營業上一切必要行爲　所謂一切必要行爲者。言達到處理營業事務目的所必要之一切行爲也。故不問尋常的與重大的。不分本業的與附屬的。【註

二〕又無論有償的與無償的。〔註三〕凡營業所應有之一切行爲。經理人均得代理爲之。〔註四〕惟不動産買賣及其設定負擔之行爲。以異常重大。除由商業主人以書面特別授權外。經理人不得爲之。（五五四條二項）〔註五〕又其行爲。以營業存在爲前提。故營業之轉讓及歇業等行爲。非經特別授權。經理人亦不得爲之。

借款行爲並未限制

〔註二〕　所謂本業的。言以爲本業所爲之行爲。例如運送公司之運送行爲、保險公司之保險行爲是。所謂附屬的。言因經營本業便宜所爲之行爲。例如保險公司之放款行爲是。

〔註三〕　所謂無償行爲。例如對於店員。贈與賞金。對於買主。贈與彩品。對於主顧。贈與禮物對於街坊上慈善公益。通常捐助等是。

〔註四〕　向外借款行爲。在我民法。既未經限制。經理人自得代理爲之。前大理院判例。雖謂僅銀錢業及典當業之經理人。始有借款之代理權。而其他經理人。在原則上無代爲借款之權限。五年上字一二〇六號六年上字第六五七號（九年上字　一五七號十一年上字一四九〇號）但此項判例。

在我現行民法。已不適用。

【註五】 前大理院判例。謂經理人非經主人特別委任。不得處分其不動產。(五年上字一二六〇號)德商亦規定土地之處分及負擔。非經特別授權。經理人無權爲之。(德商四九條二項)

得爲訴訟行爲

2 就其處理範圍得代爲訴訟行爲　經理人就所任之事務。視爲有代表商號爲原告或被告或其他一切訴訟上行爲之權。此爲我民法第五五五條所明定。

共同經理之意義

二 共同經理　商業主體就特定商號。或就其分號。或就其事務之一部。設置數經理人時。此數經理人。原得各自單獨行使經理權。但爲防杜經理權之濫用。及彼此行動矛盾起見。得將經理權。授與於數經理人全體。或其中數人。使須共同行使其經理權。【註六】(五五六條本文)此之謂共同經理。(Gesamtprokura oder Kollektivprokura)【註七】而其經理人。則稱爲共同經理人。故共同經理。雖非限制經理權之範圍。而實限制其行使。亦爲經理權限制之一種。

共同經理人。向第三人爲意思表示時。必須共同爲之。所謂共同。非必須同時共

同動作。縱令其中一人先行表示。而其餘則以明示或默示。表示同意者。亦無不可【註八】惟在須履行方式之行爲。則須由共同經理人全體履行其方式。我民法以過於嚴格。期予緩和。因規定經理人中有二人之簽名者。對於商號。（即商業主體）亦生效力。（五五六條但書）

第三人向共同經理人爲意思表示時。雖向其中一人爲之。對於商業主體。亦生效力。蓋以共同經理。僅爲經理權行使之限制故也。【註九】

共同經理人。固須共同行使經理權。但共同經理人。關於某種或某項行爲。委任其中之一人。使單獨行使。亦屬無妨。【註十】

【註六】 例如設甲乙丙三經理人。或使甲乙丙三人共同。或使甲得單獨。而乙丙則須共同。或使三人之中。必須二人共同。或使甲得單獨。而乙丙則須與甲共同是。

【註七】 關於共同經理。德商（四八條二項）瑞債（四六〇條二項）及日商。（三〇條之二）均有規定。

【註八】德高商判決錄一七卷九四號德帝民事判決錄四〇卷一八頁參照

【註九】日商關於此點。業經明定。（日商三〇條之二第二項）

【註十】德國近代判例。即採此說。德日兩國通說。亦贊同之。

經理權之限制

三　經理權之限制　經理權之內部處分及對外代理。既皆由法律明定其範圍。故經理權有法定範圍。然商業主體授與經理權。不欲如是廣大。亦得就交易之種類、處所、時期及所與交易之人等項。任意加以限制。【註十一】此種意定限制。在商業主體與經理人之間。自有效力。然不得對抗善意第三人。【註十二】蓋經理權以有法定範圍為常規。而以意定限制為例外。故不得以對抗善意第三人。至於法定限制。如第五五三條三項第五五四條二項及第五五六條所規定者。則無論第三人是否善意。均得對抗之。（五五七條）

【註十一】所謂就交易之種類。加以限制者。例如不許為借款行為或票據行為是。所謂就交易之處所。加以限制者。例如僅限於店舖內之交易。而遠地之交易。則無權限是。所謂就交易之時期加

以限制者。例如曾定每屆結帳時期。其交易須請示主人是。所謂就交易之人。加以限制者。例如禁止與競爭業者爲交易行爲是。

【註十二】　德商、規定經理權對於第三人。絕對不許限制。如有限制。對於第三人。全然無效。（德商五〇條）至我民、瑞債、日商則僅對於善意第三人。不可限制而已。（瑞債四五九條日商三〇條三項）

第三款　經理人之義務

經理人與商業主體間之權利義務。自依委任之規定。然民法就經理人之同業競爭禁止義務。設有特別規定。玆述於左。

同業競爭禁止義務

一　同業競爭禁止義務　經理人不得爲自己或第三人。經營與其所辦理之同類事業。亦不得爲同類事業公司無限責任股東。【註一】此之謂同業競爭禁止義務。蓋經理人。權限極廣。深知營業內容。且職責甚重。亦不宜旁騖。故法律爲防利害衝突及

克盡職務起見。規定不得經營與代商業主體辦理之同類事業。亦不得加入同類事業之公司。充當無限責任股東。但得商業主體。(即商號)之允許者。不在此限。(五六二條)

【註一】 德商第六〇條第六一條與商業使用人法第七條。係就商業使用人。廣設此義務規定。惟我舊商人通例第三八條、瑞債第四六四條、日商三二條。則僅就經理人設此義務規定。再我舊商人通例、德商、日商等。均規定不得經營商業。無論是否同類。均不許經營。重在使經理人專心任事。稱為兼業禁止義務。(Nebenbeschäftigungsverbot)惟我民及瑞債。則僅禁止經營同類事業。重在防杜利害衝突。稱為同業競爭禁止義務。自與兼營禁止義務、異其趣矣。

違反之救濟

二　違反禁止義務之救濟　經理人如違反上述之禁止。而經營同類事業。或為同類事業公司之無限責任股東時。商業主體。(即商號)固得本其與經理人之內部關係。請求損害賠償。或解任經理人。但損害賠償。不易證明。故法律更規定特別救濟。使商業主體。(即商號)得向經理人。請求因其行為所得之利益。以替代損害賠償。(五六三條一項)【註二】即經理人因其行為所得之經濟上結果。商業主體。概有請求移交於自

奪取權

己之權利。(Eintrittsrecht) 學者之間。多以介入權、奪取權、或進入權稱之。予亦稱爲奪取權。【註三】商業主人之此項請求權。自知有違反行爲時起經過一個月。或自行爲時起經過一年。如不行使。卽行消滅。(五六三條二項)

【註一】 此項奪取權與損害賠償請求權。究係替代的。(卽選擇的)抑爲併行的。(卽重疊的)在日商學者。不無爭論。但我民明定作爲損害賠償。卽表明替代。德商亦明定替代損害賠償。(德商六一條)自不生日商上之爭議。

【註三】 德商關於奪取權。經理人爲自己經營者。主人得將其所爲行爲。視爲自己而爲。如經理人爲第三人經營者。則主人僅得向經理人。請求交付因其行爲所得之報酬。(德商六一條)我舊商人通例及日商。亦僅規定經理人自己經營者。商業主人始得視爲自己而爲。(舊商人通例三八條二項日商三二條二項)蓋以在經理人爲第三人經營者。商業主人不得逕行奪取也。惟瑞債規定。無論經理人爲自己經營。或爲第三人經營。商業主人。均得將其事務。以自己之計算而承受之。(瑞債四六四條二項)其規定與我民法。大致相同。

第四款 經理人之選任與終任

經理人之選任

一 經理人之選任 經理人選任。由商業主體。(即商號)為之。(五五六條本文參照)若法定代理人代營商業時。由法定代理人為之。若合夥營業。其經理人之選任。則應以合夥人全體或其過半數決之。(六七一條一項六七三條)至於公司。在無限公司。以全體股東過半數決之。(公司法二〇條)在兩合公司。以無限責任股東過半數決之。(公司法七四條)在股份有限公司。除章程另有訂定外。以董事之過半數決之。(公司法一四四條)在股份兩合公司。除章程另有訂定外。以無限責任股東之過半數決之。(公司法二二四條一四四條)

選任乃有償委任契約

二 選任行為之性質 商業主體之選任經理人。在委託處理營業事務。其為委任關係。前經述明。又選任經理人。多約定報酬。縱未約定。而依商業習慣。亦應給與報酬。故選任行為。實為有償委任契約。

解任及辭任

三 經理人之解任及辭任 商業主體與經理人之間。既為委任關係。故商業主體。

得隨時解任經理人。而經理人亦得隨時辭任。（五四九條參照）其解任或辭任時。經理權自應因而消滅。

其他終任事由

四　其他終任事由　經理人死亡、破產或喪失行爲能力時。經理權固應因而消滅。（五五〇條一〇八條一項參照）但法律特定商業主體（即商號所有人）死亡、破產或喪失行爲能力時。經理權並不因而消滅。（五六四條）蓋使仍繼續處理其營業。以免停頓此外營業之廢止（即所謂歇業）及轉讓。亦足爲經理權消滅之原因。惟營業廢止後。關於清算範圍。經理權仍應認爲存續。【註一】

【註一】　前大理院判例。惟商店經理人於商店閉歇後。未經主人明白解任者。則關於清理商店歇業後之事務。自應爲有代主人爲一切審判上審判外行爲之權限。（四年上字一一一五號）

第三節　代辦商（五五八條以下德商八四條以下日商三六條以下）

第一款　代辦商之意義

代辦商之定義

代辦商（Handlunasagent）云者。謂由商業主體。（即所謂商號）授與代辦權。委託於一定處所或一定區域內。以商業主體特定商號之名義。辦理其事務之全部或一部。且與經理人不同之商業補助人也。（五五八條）【註一】分晰言之。

【註一】　代理商制度。發自德新商法。按歐洲原有 Agent 一語。汎指商業上代他人爲補助行爲者而言。凡商人之代理人、行紀人、居間人等。皆包含之。其意義之範圍。殊不明確。迄至德新商法。始將與一定商人有繼續的關係之獨立代理人。認爲代理商。我民法及日商做之。

何謂代辦權

代辦權之授與

一　代辦權之授與　代辦權乃兼指代辦商之內部的處理權限及對外的代理權限而言。蓋代辦商與商業主體之間。爲委任關係。就此內部關係言之。自應有處理權限。但對外與第三人爲行爲時。尚須有代理權限。就其對外關係言之。亦應有代理權限。故商業主體。委託代辦商。處理營業事務時。必須授與代辦權。且有授與。乃爲其特定商號。必須表明爲某商號約定代辦商也。

委託處理

二　委託處理之範圍　商業主體之約定代辦商。乃將其特定商號之營業事務。委託

代辦商處理。故代辦商。乃受商業主體之委託。辦理其特定商號之營業事務。其所得辦理之範圍若何。自依契約之內容定之。我民法規定其標準如左。

之範圍

代辦事務之全部或一部

甲　代商業主體辦理其特定商號事務之全部或一部　代理商所得辦理之範圍。或爲某商號營業事務之全部。或僅爲其營業事務之一部。由契約之內容定之。【註二】其所代辦理者。爲一定商業主體之某商號。自有繼續的關係。且非廣爲一般人代辦。此即代理商與臨時商業代理人居間人等所以異也。

【註二】　按德、日商法之規定。代辦商所得辦理者。爲本商人營業範圍內商行爲之代理或介紹。（德商八四條日商三六條）我舊商人通例亦倣之。（商人通例六〇條）其專爲商行爲之代理者。謂之結約代辦商。(Abschlussagent)其專爲商行爲之介紹者。謂之介紹代辦商。(Vermittelungssagent)兩俱兼爲者。則兩種代辦商之資格。兼而有之。但代辦商之任務。在於一定地方。保持及增進其本商人之營業利益。非必僅限於結約及介紹。故我民法之規定。較爲得當。

於一定處

乙　於一定處所或一定區域內　代辦商之任務。在於一定地方。爲商業主體之某

所或區域內

商號。保持及增進其營業利益。【註三】故商業主體之約定代辦商。必指定一定處所。或一定區域。（例如長江下游各商埠）使代辦該地方內之營業事務。

【註三】　代辦商乃於一定處所或區域內。繼續爲商業主體。保持或增進其營業利益。故所得處理者。如覓求主顧。開闢或擴張營業範圍。努力與同業競爭。貢獻營業計劃。調查當地商況或主顧信用。以及代爲締約或介紹交易等是。其所辦者。自不以代理或介紹爲限矣。

對外須以商號之名義

三　對外須以商業主體特定商號之名義　代辦商代理商業主體之某商號。與第三人爲行爲時。須以該商號之名義爲之。此亦即代辦商與行紀人。承攬運送人等所以異也。

代辦商與經理人之差異

四　代辦商非經理人　代辦商雖補助商業主體之營業。但並不參加其營業組織。而亦自爲商業主體。故爲一種獨立商業補助人。與經理人有別。【註四】至兩者區別之點。約有數端。（一）經理人爲隸屬商業補助人。而代辦商則爲獨立商業補助人。且自爲商業主體。（二）經理人常補助一商業主體。而代辦商則得補助數商業主體

。（三）經理人在商業主體之營業所。處理事務。而代辦商則在自己之營業所。處理事務。（四）經理人執行業務之費用。由商業主體負擔。而代辦商之營業費用。原則上應歸自己負擔。（五）經理人之報酬。通常按期給付。而代辦商之報酬。則多依其代辦事務之重要程度及多寡。

【註四】　德日商法及我舊商人通例。均規定代辦商非商業使用人。（德商八四條日商三六條商人通例六〇條）自與我民法所定非經理人者。稍有不同。故尙謂商業使用人與主人之關係爲僱傭。而代辦商與本商人之關係則爲委任。以資區別。但我民法僅有經理人。並未規定商業使用人。而經理人及代辦商。其對於商業主體。又均爲委任關係。上述一點。自不足以爲經理人與代辦商之區別。

代辦商契約

五　代辦商與商業主體間之關係　商業主體之約定代辦商。在委託處理營業事務。其爲委任契約。前經述明。此種契約。學者以代辦商契約稱焉。在德國法。委任以無償爲要件。而代辦商則得請求報酬。（德商八八條八九條我民五六〇條參照）兩不相符。故德國學者。多以代理商契約爲僱傭契約。而該國判例。又認爲與承攬契約相近。但就我民法論

之。則爲有償委任契約。

第二款　代辦權之代理範圍

代辦權對外範圍以內部處理範圍爲標準

一　處理範圍與代理範圍　代辦商對於第三人之關係。就其所代辦之事務。視爲其有代商業主體爲行爲之權。（五五八條二項參照）即代辦商在所受委託之範圍內。視爲享有代理權。故代辦權之對外代理範圍。以其內部處理範圍爲標準。此即代辦權對外代理範圍之輪廓問題。

代理之內容及其限制

二　對外代理之內容範圍　代辦商在其處理範圍內。凡因達到代辦事務之目的。其必要之一切行爲。均得代商業主體爲之。（五五八條二項後段參照）惟負擔票據上債務之行爲。或消費借貸行爲。或訴訟行爲。非經商業主體以書面特別授權。代辦商不得爲之。（五五八條三項）

第三款 代辦商之權利義務

代辦商之權義

代辦商與商業主體之間。既爲委任關係。除契約另有訂定及法律另有規定外。自可適用委任之規定。又雙方均係商業主體。則商人間留置權之規定。（九二九條）自亦適用。茲僅就法律關於代辦商所設特別規定。分別說明之。

報告義務

一 報告之義務 代辦商就其代辦之事務。應隨時報告其處所或區域之商業狀況於其商號。（即商業主體）並應將其所爲之交易。即時報告之。（五五九條並參照德商八四條二項）

競爭業禁止義務

二 競爭業禁止義務 代辦商之此項義務。與經理人所負競爭業禁止義務無異。（五六二條五六三條）前經述明。茲不再贅。

報酬請求權

三 報酬請求權 代辦商之報酬。或爲定額報酬。或爲交易佣錢。（Commission）或於定額報酬外。更付交易佣錢。以及營業費用。能否請求償還。原依代辦商契約之所定。無約定者。依當地習慣。若無約定。亦無習慣者。依其代辦事務之重要程度

及多寡。定其報酬。（五六〇條並參照德商八八條一項九〇條）【註一】【註二】

【註一】我舊商人通例及德商法。規定中途廢止。仍得索取全部報酬。即代辦商勉爲出力。訂結某種行爲。卒因本商人自己之措置。以致中途廢止時。代辦商仍得請求全部報酬是也。（商人通例六九條德商八八條二項）

【註二】我舊商人通例及德商法。規定指定區域之報酬。即明示指定地域。承受代理或介紹之代辦商。對於在其地域雖未經手。而由本商人自爲或另委他人代爲之行爲。亦得請求報酬是也。（商人通例七〇條德商八九條）蓋以本商人在此區域內。自爲交易。或另委他人代爲。其告厥成功。未始非代辦商日常努力之結果。故雖未經手。亦使得請求報酬。

第四款 代辦商之終任

終任原因

商業主體與代辦商之間。既爲委任關係。代辦商之解任、辭任、及其他終任原因。除法律別有規定外。自適用委任之規定。又商業主體之特定商號營業。如有廢止

或轉讓情事時。亦爲代辦商終任之原因。茲僅就法律關於代辦商所設特別規定。分別說明之。

一方終止

一　一方終止之特別規定　在委任中。固規定當事人之任何一方。得隨時終止契約。(民法五四九條)然此項規定。於代辦商。頗難適用。【註一】故更設第五六一條之規定。

【註一】　蓋以代辦商以代辦爲業。必有相當之設備。且另覓主顧。必須時日。若忽爾終止。雖免受損。即爲商業主體計。忽爾終止。亦一時難覓替人。故頗難適用。

甲　未定期限者　代辦權未定期限者。當事人之任何一方。得隨時終止契約。但應於三個月前。通知他方。(五六一條一項)故定有期限者。自應依之。在期限屆滿以前。不得終止。

乙　遇有不得已事由者　當事人之一方。遇有不得不終止之事由。而自己又無過失者。(例如代辦商才不勝任或患重病又如商業主體營業失敗或不履行債務是)無論曾否定有期限。均得終止契約。且毋庸先期通知。(五六一條二項)

一方死亡破產喪失能力及其例外

二　當事人一方之死亡破產或喪失能力　代辦商一方死亡、破產或喪失行爲能力時。固爲終任之原因。而代辦權亦因而消滅。（五五〇條一〇八條參照）但商號所有人（即商業主體）一方死亡。破產或喪失行爲能力時。其委任關係。並不終了。而代辦權亦不因而消滅。（五六四條）此蓋對於第五五〇條所設之特別規定也。

第十三章　居間（五六五條以下德民六五二條以下德商九三條以下瑞債四一二條以下法商七一條以下日商三〇五條以下）

第一節　居間之性質

居間之定義

居間（Maklervertrag）云者。謂當事人一方。（居間人）約定爲他方。（委託人）報告訂約之機會。或爲訂約之媒介。而他方則約定給付報酬之契約也。（五六五條並參照瑞債四一二條德民六五二條前段）【註一】【註二】分晰言之。

【註一】居間制度。起源甚古。在希臘羅馬時代。卽已發興。惟居間營業。尚不多有。及中世紀

我民法無商事居間與民事居間人之別

。地中海沿岸。商業勃興。居間營業。日趨繁盛。嗣後民商法分立國家。遂有商事居間人(Handelsmäkler)與民事居間人(Civilmäkler)之分。如德國法。其以媒介商行爲(如媒介商品有價證券之供給轉讓、並保險、貨物運送、船舶抵押、船舶租賃等行爲)爲業者。謂之商事居間人。規定於商法之中。(德商九三條至一〇四條)而媒介商行爲以外之訂約。(如媒介不動產買賣、金錢借貸等行爲)或報告其訂約之機會者。謂之民事居間人。規定於民法之中。(德民第二編第七章第八節居間契約六五二條至六五六條)日商倣之。於商法中。規定居間營業。(日商三〇五條至三一二條)惟日民無居間契約之規定。要之在民商法分立國家。其商事居間人。乃以居間爲常業之商人。而所爲媒介。限於商業。至其民事居間人。則非商人。而所爲媒介。亦非商業。但範圍不易劃分。殊難謂爲妥當。故瑞士法採民商統一主義。於債務法中。規定居間契約。無論居間人是否以居間爲常業。又不問所媒介者。爲何種行爲。凡締結居間契約。爲他人居間者。均適用之。自無商事居間人與民事居間人之別。我民法倣之。

我民法上

【註一】 居間人如以居間爲常業。謂之居間營業。考各立法例。有干涉主義及自由主義二種。在

居間人不以居間營業爲限

干涉主義。凡經營居間營業。須經主管公署之核准。並須有一定資格。其開始營業前。須繳納保證金。而其營業中。亦受種種之取締。惟地位亦高。實同公職。在自由主義。則得自由營業。無上述之限制。歐洲中世紀時代。純採干涉主義。嗣後德日舊商法。亦採干涉主義。但其新商法。均採自由主義。意、比、匈諸國商法。亦採自由主義。英國法之broker。原須經地方公署之核准。及一八八六年九月二十九日以後。已廢此限制。惟法國法。其有價證券居間人。(agent de change)由大總統任命。以商人而兼有官吏資格。其他居間人(courtier)中。海事居間人、海上保險居間人及運送居間人亦與有價證券居間人略同。而通常貨物居間人則因一八六六年七月十八日法律之修訂。已改採自由主義。此外西、和諸國法。亦採干涉主義。再現代勞工居間人。因社會政策之關係。殆均採干涉主義。頗有復古之觀。至於我民法。其所謂居間人。並非以居間營業爲限。關於自由主義或干涉主義。自無規定。但在行政法規中。對於居間營業。多有採干涉主義者。如傭工介紹所。須經主管公署准許是。

擔任報告

一 居間係居間人約爲委託人報告訂約機會、或爲媒介訂約之契約 故居間契約。

訂約機會或媒介訂約

在使居間人。依所約定。或僅擔任報告訂約機會。或擔任媒介訂約。

指示居間人

1 報告訂約之機會　卽受委託人之委託。尋覓及指示其可與訂約之相對人。以供獻訂約之機會。此之謂指示居間人。(Nachweismäkler)【註三】

媒介居間人

2 訂約之媒介　訂約之媒介云者。謂雙方說合。使得自行訂立契約也。故非僅為委託人指示相對人。更應斡旋雙方之間。使自訂約。此之謂媒介居間人。(Vermettlungsmäkler) 但僅媒介訂約而已。並不代為訂約。此卽居間人與代辦商、行紀人等所以異也。【註四】

居間人所媒介之事項。苟非法所禁止。又不違背公序良俗。均得為之。且我民法。採民商統一主義。亦不分民事商事。均無不可。(本節註一參照) 例如傭工媒介、不動產買賣媒介、貨物買賣媒介、租房媒介、借款媒介、保險媒介等是。

【註三】　指示居間人。在德民瑞債。始有規定。(德民六五二條一項前段瑞債四一二條一項前段)至德日商法。其所謂居間人。以媒介居間人為限。而所得媒介者。又限於商行為。(德商九二條

日商三〇五條）故指示居間人。在德日商法。不得稱爲居間人。

【註四】　居間人與代辦商之差異。約有三端。卽（一）代辦商須補助一定商業主體。而居間人則廣爲一般人補助。（二）代辦商有代理權。得代爲訂約。而居間人無代理權。不得代爲訂約。（三）代辦商必自爲營業主體。而居間人非必以居間爲常業。

約付報酬之契約

二　居間係委託人約付報酬之契約　故給付報酬。爲居間契約不可缺之要件。其報酬之約定。乃出於當事人間明示的或默示的之合意。雖無報酬之合意。而依居間人之身分、職業及交易上習慣等情形。非受報酬。卽不爲報告訂約機會或媒介者。視爲允與報酬。其約付報酬。而未定報酬額者。按照價目表所定給付之。無價目表者。按照習慣給付。（五六六條瑞債四一四條德民六五三條）又報酬之約定。固依行爲之難易。及交易之大小。斟酌定之。而通常多依交易金額。定其抽取報酬之比例。

三　居間契約之本質

居間究爲

1　居間係有名契約　我民法倣德民法。對於居間契約。付與一定名稱。並設

何種契約

有特種規定。自係獨立之有名契約。【註四】

2 居間契約係雙務並有償契約　居間人負擔任報告訂約之機會或其媒介之債務。而委託人負給付報酬之債務。且有對價關係。自係雙務契約。又雙方當事人。須對他方。有所給付。始能自他方取得利益。自係有償契約。

3 居間契約係諾成並不要式契約

【註四】　日本國法。其居間契約。規定於商法之中。而民法之內。並無規定。故日本商法學者。於日民法有名契約中。擇其類似者。強相附會。或謂爲委任契約。或謂爲承攬契約。但在我民法。均不足取。至於瑞債。明定爲委任之一種。亦與我民法不同。

第二節　居間人之權利

居間人之權利

居間人對於委託人。依居間契約。自生權利義務關係。然法律因居間人之地位。使對於雙方當事人。均有同一之權義關係。

報酬請求權

一　報酬請求權　給付報酬。爲居間契約之要件。居間人自有報酬請求權。此項報酬。以居間費(Sensarie, Courtaye)稱焉。

請求時期

1　報酬請求時期　居間人以契約因其報告或媒介而成立者爲限。得請求報酬。(五六八條一項瑞債四一三條一項德民六五二條一項後段)即契約之成立。爲居間人努力之結果者。始得請求報酬。是請求報酬。固不必待至契約之履行。但必須在契約成立以後。如契約附有停止條件者。更須在該條件成就後。始得請求報酬。(五六八條二項瑞債四一三條二項德民六五二條一項後段)

原則上由雙方平均負擔

2　報酬給付義務人　居間人因媒介應得之報酬。原則上由契約當事人雙方。平均負擔。蓋雙方當事人。均因居間人之媒介。享受利益。故法律特使平均負擔報酬。但當事人訂有特約。或行爲地另有習慣者。仍依特約或習慣。(五七〇條德商九九條日商三一二條之二)至於居間人因報告應得之報酬。仍由委託人一方負擔。自不待言。

報酬減額

3　報酬之減額　約定之報酬。較居間人所任勞務之價值。爲數過鉅。失其公平者。委託人得訴請法院。酌予減少。蓋由法院據委託人之請求。斟酌情形。改訂

額數。以期公允。此乃對於契約內容之強制修訂。但報酬已給付者。不得請求返還。蓋以委託人已拋棄其減額請求權也。（五七二條德民六五五條瑞債四一七條）

婚姻居間之約定報酬無效

4 婚姻居間所約報酬無效　因婚姻居間而約定報酬。其約定無效。（五七三條德民六五六條本文）按婚姻居間之約定報酬契約。並不違背公序良俗。且與居間契約之法定要件。亦屬相符。惟婚姻行爲。重在眞意。恐居間人貪圖報酬。勉強說合。故法律特禁止之。【註五】

【註五】　按婚姻居間之約定報酬契約。既不違背公序良俗。且與居間契約之法定要件。亦屬相符。論其本質。原不違法。且在外國。婚姻媒介所。亦所在多有。故瑞債僅規定婚姻媒介之居間報酬。不得以訴請求而已。（瑞債四一六條）德民雖亦如我民。規定約定無效。但按其約定。已爲給付者。不得以無義務爲理由。請求返還。（德民六五六條一項但書）是在瑞債德民。並非絕對的禁止報酬。尙認爲自然債務。其履行仍屬有效。不過不得以訴強制履行而已。我民無此規定。難免小疵。

原則上不得請求費用償還

二　費用償還請求權之有無　居間人支出之費用。原則上不得請求償還。蓋以居間人既收受報酬。不得更請求費用之償還。又居間人已爲報告或媒介。而契約不成立者。雖未收受報酬。亦不得請求費用之償還。蓋以費用包含於報酬之中。其契約不成立時。報酬尚不得請求。費用更無論矣。但在上述二種情形。另訂有償還費用之特約者。仍當依之。（五六九條德民六五二條二項瑞債四一三條三項）

第三節　居間人之義務

居間人之義務

忠實辦理之義務

一　忠實辦理之義務　居間人既擔任報告或媒介。自應依債務之本旨。及誠實信用之方法。妥愼辦理。倘違反其對於委託人之義務。而爲有利於委託人之相對人之行爲。或違反誠實及信用方法。由相對人收受利益者。不得向委託人請求報酬。雖訂有償還費用之特約。亦不得請求償還。（五七一條瑞債四一五條德民六五四條）此外委託人更得依債務人故意違反債務之規定。請求損害賠償。自不待言。

二　據實報告及妥爲媒介之義務　居間人關於訂約事項。應就其所知。據實報告於各當事人。俾得斟酌情形。以決定是否訂約。又對於顯無支付能力之人。或知其無訂立該約能力之人。不得爲其媒介。（五六七條）此項義務。依居間契約。對於委託人。自應負之。但法律因居間人之地位。使對於委託人之相對人。亦負同一之義務。居間人倘有違反。則被害之當事人。得依債務不履行之規定。請求損害賠償。

三　隱名媒介時之履行義務　居間人僅雙方說合。使自訂約。並無代理權。不得代爲訂約。故居間人就其媒介所成立之契約。既不自得權利。亦不自負義務。原則上自無爲當事人給付。或受領給付之權義。（五七四條德商九七條）但當事人之一方。指定居間人不得以姓名或商號告知相對人者。居間人有不告知之義務。此之謂隱名媒介。（五七五條一項並參照日商三一〇條）在此情形。居間人應就該方當事人由契約所生之義務。自己負履行之責。並得爲其受領給付。（五七五條二項並參照日商三一一條德商九五條）此項規定。乃法律爲保護相對人起見。使居間人代隱名當事人履行及受領。並非如行紀人。有自爲當事人之權利。

（參照五八七條）質言之。即居間人僅有介入（Selbsteintritt）之義務。並無介入之權利。

第十四章　行紀（五七六條以下德商三八三條以下瑞債四二五條以下日商三一三條以下）

第一節　總說

行紀制度之略革

一　行紀制度之簡略沿革　行紀制度。功用甚大。沿革頗古。我國唐律雜律中。已有取締牙行之規定。明律更於戶律中。分設市廛一篇。取締牙行之規定。較前增多。清律倣之。須領牙帖。始得充當。降至民國。仍猶沿用。歐洲在羅馬時代。向無此制。及第十五六世紀。始漸發達。迄至近世。凡編商法法典各國。其商法中。莫不有行紀之規定。如德商、法商、意商、匈商、日商等是。惟瑞債因採民商統一主義。將行紀規定於債務法之中。我民法倣之。至於英國。則有行紀法。（Factors Act 1889）

行紀制度之利弊

二　行紀制度之利弊　行紀原爲包代採辦行銷之所。功用旣興。推行益廣。蓋營業之規模闊大。則交易之範圍自廣。因派遣商夥至遠方收貨或銷貨。旣須重給薪修。復須住房租店。而貿易之衰旺不定。經常之費用徒耗。更恐所用非人。鞭長莫及。或有意外之損害。且人地生疏。尤多不便。自有行紀包代買賣之法興。旣可免玆所述之弊害。且可利用行紀之經驗與信用。以推廣其貿易。卽就產戶及用戶而論。因交易責任。歸於行紀。旣無須調查本人之資力。復無須調查代理權之確否。亦少週折。然則行紀爲交易之補助機關。且爲不可缺者矣。但經營行紀之人。如資力薄弱。道德缺乏。亦足生倒騙詐欺之弊。此則有待於行政法規之取締也。

第二節　行紀之意義

行紀之定義

行紀（Kommissionär）云者。謂以自己之名義。爲他人之計算。爲動產之買賣或其他商業上之交易。而受報酬之營業也。（五七六條並參照瑞債四二五條一項德商三八三條）其行紀營業人。稱

行紀人委託人相對人交易行爲

爲行紀人。其所謂他人。稱爲委託人。(Kommittent) 行紀人於委託人之計算所爲之交易。稱爲交易行爲。亦稱爲擔任行爲或實行行爲。(Ausfuehrungsgeschaeft) 其與行紀人爲擔任所爲之人。稱爲相對人。玆更就行紀之意義。分晰說明之。

何謂爲他人之計算

一　爲他人之計算　行紀人乃受他人之委託。代爲某種行爲。所謂爲他人之計算云者。言由某種行爲。(即交易行爲) 所生之利益及損失。均歸屬於他人(即委託人)也。但主要意旨。苟爲他人之計算。雖變行約明自己參與損益之分派。仍不失爲行紀人。

以自己之名義

二　以自己之名義　行紀人之代他人爲其交易行爲。乃以自己之名義。此即與代辦商及其他代理人所以異也。【註一】蓋代理人乃以他人(即本人)之名義。代他人爲行爲。由其行爲。享權利。負義務者。非代理人。乃其本人。而行紀人乃以自己之名義。代他人(即委託人)爲行爲。凡由其行爲所生之權利義務。自享有之。自負擔之。(五七八條參照) 即屬於學者所謂間接代理。(mittelbare Vertretung) 但行紀人對於相對人。於其行爲所生之權利義務。苟自爲其主體。雖表示爲他人之意旨。或明示他人之姓

名。仍不失爲以自己之名義。

【註一】 代辦商與行紀人。固均自爲營業主體。但不無差異。（一）補助之範圍不同。即代辦商爲一定商業主體補助。而行紀人則廣爲一般人補助。（二）行爲之名義不同。即代辦商爲直接代理。而行紀人爲間接代理。其說明已詳見本文。（三）擔任之範圍不同。即代辦商所擔任者。乃爲商業主體。代辦其營業事務之全部或一部。在於一定區域內。保持或增進其營業利益。非僅以承辦某種行爲爲限。而行紀人所擔任者。則在承辦動產買賣行爲及其他交易行爲。

代辦商與行紀人之異同

動產買賣或其他商業上交易行爲

三　動產之買賣或其他商業上之交易　行紀人以自己之名義。爲委託人所爲之行爲。其範圍若何。在各法例。頗不一致。【註二】據我民法之規定。大別爲二。（一）動產之買賣。苟代他人買入或出賣動產。則委託人爲商人或普通人。以及是否有關商業。均無不可。惟所代買賣者。以動產爲限。故代他人買賣不動產者。不在通常行紀人營業範圍之內。【註三】（二）其他商業上之交易。雖非動產買賣。而爲有關商業之交易行爲是已。【註四】即經營承辦動產以外行爲之營業者。（例如報關行廣告行等是）

何謂其他商業上交易行爲

【註五】以及行紀人在其營業上承辦動產買賣以外之行爲者皆是。例如代納關稅、代結運送契約、代結保險契約是。【註六】要之行紀制度之起源。在代爲買賣。故通常行紀人。仍以爲他人買賣動產者居多。

【註二】　行紀人所代爲行爲之範圍。主義頗多。最廣者係以買賣及其行爲爲範圍。各立法例尙無採用者。次之以買賣及其他商行爲爲範圍。舊法中多採之。如法商、德舊商、日舊商等是。此種主義。一面失之過廣。卽買賣以外運送。借貸及其他一切商行爲。均包含在內是也。而他面又失之過狹。卽苟非商行爲。雖買賣行爲。亦不在內是也。又次之以動產買賣爲範圍。新法中多採之。如瑞債規定以有體動產或有價證券之買入或出賣爲限。（瑞債四二五條一項）德新商規定以商品或有價證券之買賣爲限。（德商三八三條）日新商規定以物品之出賣或買入爲限（日商三一三條）等是。卽經營代他人買賣貨物之營業者。謂之行紀。而委託行紀買賣之人。則爲商人或普通人。均無不可。就其代爲行爲之種類言之。固較第二主義爲狹。而就其所得代爲之人的範圍言之。則較第二主義爲廣矣。

我民法上無準行紀

【註三】按行紀制度。在代商人在遠方買賣貨物。而不動產固定於一定地方。不能輸運。且轉讓匪易。交易較少。無須行紀代辦。故不動產買賣。未予包含。但就現代情形論之。在通都大邑。不動產買賣。所在多有。地皮或房屋公司且兼營代爲他人買賣不動產之營業矣。

【註四】何謂商業。請參照本書第十二章第一節之一及其註一。

【註五】考日商法。以自己之名義。爲他人爲買賣以外之行爲。且以爲營業者。準用行紀（日商法原稱問屋）之規定。（日商三二〇條）日商學者。謂之準行紀。（原謂之準問屋）但在我民法。以承辦買賣以外行爲爲常業者。所營事業。既爲商業。則其代爲之行爲。亦爲商業上之交易行爲。當然在行紀範圍之內。故無所謂準行紀。

【註六】考德商法。行紀於其營業範圍內。以自己之名義。爲他人爲買賣以外行爲者。又非行紀之商人。於其營業範圍內。爲上述同一之行爲者。準用行紀之規定。（德商四〇六條）此項契約。德商學者。謂之準承辦契約（Uneigentliches Kommissionsgeschäft）但在我民法。行紀人在其營業上。以自己之名義。於他人之計算。爲買賣以外之行爲者。既係商業上之交易行爲。當然在行紀範圍

之內。不得謂爲準承攬契約。

行紀爲營業

四　行紀爲一種營業　以自己之名義。於他人之計算。爲動產買賣或其他商業上之交易行爲者。必須以爲營業。始得謂爲行紀。既以爲營業。當然收受報酬。【註七】故偶爾爲上述行爲。非以爲營業者。不得謂爲行紀。但苟以爲營業。雖兼營他業。（例如行紀人多兼營買賣業或倉庫業是）亦自無妨。

【註七】營業云者。謂以某種行爲爲業也。以某種行爲爲業云者。謂以營利之目的繼續的爲同一行爲也。質言之。即以某種行爲爲常業。且有營利之意思者。斯爲營業。故僅謂以爲營業。而收受報酬。即在其中矣。

行紀人與相對人之關係依其交易行爲之種類定之

五　行紀人與相對人之關係　行紀人雖於委託人之計算。爲其所擔任之交易行爲。然係以自己之名義。故自爲交易行爲之當事人。其與相對人之關係。依其交易行爲之種類定之。如係動產買賣行爲。則與通常買賣當事人間之關係。無以稍異。即行紀人於委託人之計算所爲之交易行爲。對於交易行爲之相對人。自得權利。並自負

義務。(五七八條)故委託人直接對於該相對人。既毫不負義務。亦毫不享權利。是以行紀人由交易行爲所生之債權債務。須依債權讓與及債務承擔。移轉於委託人。然後委託人與該相對人。始得直接主張。【註八】

委託人與相對人原無直接關係

【註八】 德商規定由行紀人交易行爲所生之債權。須移轉於委託人。然後委託人始得向債務人主張。(德商三九二條一項)我舊商行爲草案。亦有同一之規定。(草案六七條一項)此等規定。與我民解釋同。但德商及我舊商行爲草案。更規定債權雖未移轉。而在委託人與行紀人間。及委託人與行紀人之債權人間。仍視爲委託人之債權。(德商三九二條二項草案六七條二項)其在委託人與行紀人間。視爲委託人之債權者。禁止行紀人另行處分。必須以移轉於委託人也。其在委託人與行紀人之債權人間。視爲委託人之債權者。蓋使行紀人之債權人。對於此項債權。不得扣押。而行紀人破產之時。此項債權。亦不至編入破產財團也。

行紀人與委託人間爲委任關係

六　行紀人與委託人之關係　行紀人與委託人間之法律關係。爲委任契約。【註九】故我民法。規定行紀除本節有規定外。適用關於委任之規定。(五七七條瑞債四二五條二項並參照日商三一四條二

項）

【註九】 行紀人與委託人間。究爲何種關係。即其承辦契約之性質若何。從來德日學者。主張不一。或謂爲委任。或謂爲承攬。或謂爲僱傭。或謂爲一種獨立契約。在德國法。因委任爲無償契約。與行紀營業之性質不符。自以僱傭說爲其通說。但我民瑞債。均明定適用委任之規定。其爲委任契約。自不容疑。日商之通說亦同。

第三節 行紀人之義務

行紀人之義務

行紀人除依委任之規定。應負受任人之義務外。並依關於行紀之規定。負有種種義務。玆將適用委任規定之重要者。及行紀中所規定者。分別說明於左。

注意義務

一 注意義務　牙行人應以善良管理人之注意。爲其交易行爲。此乃適用委任中第五三五條後段所當然也。惟所謂善良管理人。應以通常行紀人爲標準。【註一】

【註一】 就營業主體（即商人）之注意程度。應以各營業爲標準。較高於普通人。故德國規定行

紀人須以通常商人之注意辦理其交易行爲。（德商三八四條一項前段）我舊商行爲草案亦有同一之規定。（草案五三條）我民及瑞債。關於注意義務。固因適用委任之規定。未予另行規定。但應取同一之解釋。

報告義務

二　報告義務　行紀人對於委託人。應爲必要之報告。其實行交易行爲後。並應從速通知委託人。此乃適用委任中第五四〇條所當然也。〔註二〕

【註二】德商瑞債日商。關於此點。均經明定。（德商三八四條一項後段瑞債四二六條一項日商三一九條）蓋以瑞債日民。其委任之規定。必須委任人請求時。受任人始有報告之義務。（瑞債四〇〇條一項前段日民六四五條）在商業界。殊不相宜。德民委任契約所定報告義務。（德六六六條）雖與我民所定相同。但德商學者。對於行紀人與委託人之關係。多認爲僱傭。非當然適用委任之規定。故不得不另行明定也。

交付及移轉之義務

三　交付及移轉之義務　行紀人由交易行爲所收取者。應交付於委託人。又由交易行爲所生之債權。應移轉於委託人。此乃適用委任中第五四一條所當然也。〔註三〕

【註三】　德商以委任規定。非可當然適用。故另行明定交付之義務。（德商三八四條一項後段）

然也。

依從指示及努力擔任之義務

四　依從指示及努力擔任之義務　行紀人之爲交易行爲。應依從委託人之指示。若違反指示。卽爲不合債務之本旨。委託人得拒絕承受其行爲之結果。並得請求損害賠償。【註四】但可推定委託人若知有當時情事。必允許變更指示。且時機緊迫。無從得允許者。不在此限。【註五】此乃適用委任中第五三五條前段及第五三六條所當然也。

行紀人應保護委託人之利益。努力以爲交易行爲。雖有委託人之指示。尙應務求以較利條件爲之。【註六】蓋以行紀人應依誠實及信用之方法。履行其債務也。

【註四】　德商明定行紀人爲交易行爲時。應從委託人之指示。（德商三八四條一項中段）如違反指示。則對於委託人。應負賠償損害之義務。而委託人並得視爲非於自己之計算而爲者。（德商三八五條一項）我舊商行爲草案亦有同一之規定。（草案五四條五七條一項本文）

【註五】　關於此點。德商及我舊商行爲。均有明定。（德商三八五條二項草案五七條一項但書）

【註六】德商明定行紀人爲交易行爲時。應保護委託人之利益。（德商三八四條一項中段）我商行爲草案。亦有同一之規定。（草案五四條）

指定價額時之義務

五　委託買賣指定價額時之義務　委託人委託行紀人買賣時。多有指定價額者。此亦爲指示之一種。依其指定方法。大別爲三。

限制標準

1　限制標準　委託人有指定價額。以加限制者。即於委託出賣。指定最低價額。以於委託買入。指定最高價額。而行紀人則必須依其限制之最低或最高價額。以爲買賣。苟有不能。寧停止之。若行紀人不遵此限制。其出賣價金。竟低於所指定之最低價。或其買入價金。竟高於所指定之最高價。則委託人得依違反指示。而拒絕承受其買賣之結果。並得請求損害賠償。但行紀人如擔任補償其差額。

擔任補償差額

（或爲增進主顧情感、或爲貪圖多額報酬）其出賣或買入。對於委託人。發生效力。（五八〇條並參照德商三八六條日商三一六條）即委託人不得據以拒絕。至於補償差額。尚有損害時。委託人仍不妨請求賠償。【註七】

行紀人以高於委託人所指定之最低價出賣。或以低於委託人所指定之最高價買入者。其利益均歸於委託人。（五八一條德商三八七條二項）

〔註七〕 德商關於此點。業經明定。（德商三八六條二項）日商之解釋論亦同。即雖有委託人之指示。仍務求以較利條件為之。倘以善良管理人之注意。努力辦理。尚得以較利價格出賣或買入時則不僅補償差額。並應賠償以上之損害。查以我民法第五八〇條。不過規定行紀人擔任補償差額時。委託人於買賣之結果。不得拒絕而已。並非剝奪其損害賠償請求權也。

嚴格指定

2 嚴格指定　委託人有指定一定價額。命行紀人必須依照出賣或買入。不許較高出賣。（例如因推廣銷路）或不許較低買入者。（例如重價市馬骨以求千里馬）此之謂嚴格指定。在此情形。行紀人必須從其指定。如有違反。則委託人得拒絕承受其買賣之結果。並得請求損害賠償。

希望標準

3 希望標準　委託人雖指定價額。但僅表示希望。既非嚴格指定。亦非加以限制者。此之謂希望標準。在此情形。委託人以善良管理人之注意。求以較利價額

買賣而已足。

直接履行之義務

六　直接履行之義務　行紀人爲委託人之計算所訂立之契約。其契約之他方當事人不履行債務時。對於委託人。應由行紀人負直接履行契約之義務。但契約另有訂定。或另有習慣者。不在此限。（五七九條日商三一五條）【註八】按行紀人之直接履行。論其地位。與保證人。頗相類似。但契約他方當事人。並非委託人之債務人。自與代債務人負履行責任之保證債務有別。且並無檢索之抗辯。更與保證人不同。故行紀人之直接履行義務。不可視同保證。僅行紀人之直接履行。其義務之存否。及履行之範圍。均以契約他方當事人之債務爲標準。仍與保證相類似耳。

【註八】　我民法及日商均以負履行責任爲原則。而以不負履行責任爲例外。但德、奥、瑞、西諸國。則以不負履行責任爲原則。即契約他方當事人不履行時。行紀人無須負責。唯有特約或有反對習慣者。始負履行責任。（德商三九四條奥商三七〇條瑞商三八七條西商二七二條）謂之行紀人之擔保責任。（Delkrederhaftung）法國學者所謂行紀人保證約束。（Convention de ducroire）亦即指

此情形而言。

保管義務

七　保管義務　行紀人爲委託人之計算所買入或出賣之物。爲其占有時。適用寄託之規定。（五八三條一項）即應以善良管理人之注意保管之。（五九〇條參照）其保管之費用報酬。及因保管所受之損害。自亦得向委託人請求。（五九五條五九六條六〇、條參照）行紀人占有中之物。僅有保管責任。原無付諸保險之義務。但委託人另有指示時。則行紀人有付諸保險之義務矣。（五八三條二項德商三九〇條二項瑞債四二六條二項）

委託物處置之義務

八　委託物之處置義務　委託出賣之物。於達到行紀人時有瑕疵。或依其物之性質易於敗壞者。行紀人爲保護委託人之利益。應與保護自己之利益。爲同一之處置。（五八四條）否則負損害賠償之責。【註九】

【註九】　瑞債規定委託出賣之物。於達到行紀人時有瑕疵者。須從速通知委託人。如易於敗壞者。並有拍賣之權利義務。（瑞債四二七條）德商規定。亦大致相同。（德商三九一條）要之皆具體的規定其處置方法。而我民法則抽象的規定處置標準。

第四節　行紀人之權利

行紀人之權利

報酬費用等項請求權

一　報酬等項請求權　行紀人既以承辦委託事件爲營業。自得請求報酬、寄存費及運送費。而其數額則依約定或習慣。此外爲委託人之利益所支出之費用。卽所謂有益費。（例如改換包皮費、訂約之居間費等）亦得請求償還。並得一併請求自支出時起之利息。（五八二條）至於爲委託人所支出之必益費。（例如代付貨價、代繳捐稅等）及所負擔之必要債務。則應適用委任中第五四六條之規定。（五七七條）

報酬之請求時期。須在交易行爲實行完畢之時。蓋以行紀人於其交易行爲。不僅締結。且應實行故也。但因委託人之事由而中止者。仍得請求報酬。此乃適用委任中第五四八條當然之結果。【註一】又交易行爲雖未實行。亦得依特約或習慣。請求報酬。至於費用之請求時期。於支出後。得隨時爲之。

【註一】　瑞債規定行紀人於行爲實行終結時。或因委託人之事由未實行時。得請求報酬。又因其

他原因致未實行之行爲。行紀人得依地方習慣。按自己勤勞。請求報酬。（瑞債四三二條）德商法定亦同。（德商三九六條一項）

拍賣提存權

二　拍賣提存權　行紀人依委託人之指示所買入之物。其交付時。委託人應即受領。倘委託人拒絕受領時。行紀人得定相當期限。催告委託人受領。逾期不受領者。行紀人得拍賣其物。如爲易於敗壞之物。行紀人得不經催告。而竟行拍賣。又委託行紀人出賣之物不能賣出。或委託人撤回其出賣之委託者。如委託人不於相當期間取回或處分其物時。行紀人亦得依上述程序。拍賣其物。在此二種情形。其拍賣所得之價金。並得提存。蓋使行紀人得由拍賣提存。以減少保管煩累。或免除保管責任。以保護行紀人也。再行紀人對於委託人因委託買入或出賣之關係。生有債權時。並得自拍賣價金中取償。僅提存其賸餘。（五八五條 五八六條）

留置權

三　行紀人之留置權　行紀人對於委託人因委託關係所生之債權。在外國立法例。多規定擔保物權。以保護之。【註三】我國民法。在行紀中。雖無規定。但留置權之

規定。自亦適用。故委託人為普通人時。行紀人得依民法第九二八條。行使留置權。如委託人為商人時。則行紀人得依民法第九二九條。行使留置權。

【註二】 德商規定法定質權。（德商三九七條）日商規定留置權。（日商三九一條）瑞債亦規定留置權。（瑞債四三四條）

介入權

四　介入權　行紀人受出賣或買入之委託時。固應以自己之名義。向第三人出賣。或自第三人買入。但具備法定條件時。行紀人得自為買受人或出賣人。此之謂行紀人之介入。(Selbsteintritt) 或稱為自約。(Selbstkontrahirung) 此項介入。創自德舊商法。匈、瑞、意、西、日諸國法倣之。德新商法。規定更為完善。論其性質。學說頗多。竊以形成權說為最當。【註三】即法律為圖當事人之便宜。特別賦與之權利。僅由行紀人一方。以單獨行為行使此權利。即發生買賣關係。不得謂為買賣契約也。

【註三】 關於介入之性質。其學說大別為三。（一）代理買賣契約說即謂行紀人代理委託人與自

己締結買賣契約。但代理本人與自己爲法律行爲。法所不許。（一〇六條參照）（二）直接買賣契約說。卽謂行紀人與委託人之間。直接成立買賣契約。而其買賣契約。究何由成立。則主張不一。或謂行紀人因承辦契約。負擔代向第三人締約。或自居相對人地位之選擇債務。但行紀人以代向第三人締約爲原則。而介入則爲其權利。不得謂爲選擇債務。或謂行紀人因承辦契約。負擔介入之任意債務。但行紀人之介入。並非以他種給付。替代本來給付。乃新創買賣關係。與任意債務之觀念。亦不相符。或謂承辦契約之中。原含有對於委託人之要約。但苟無反對特約。不問委託人有無承諾意思。均可介入。此項擬制的說。亦不謂爲妥當。或謂行紀人與委託人之間。乃締結附有解除條件之承辦契約及附有停止條件之買賣契約。而牙行之介入。卽其條件。但承辦契約。並非因行紀人之介入。卽歸消滅。且其說明。過於繁複。（三）形成權說。卽本書所主張者。

介入之條件

1　介入之法定條件　必須具備左列二種條件。行紀人始得介入。（五八七條一項前段瑞債四三六條一項德商四〇〇條一項日商三一七條一項）

甲　委託買賣之物須有市場之市價　行紀人受託出賣或買入者。須爲貨幣、股

票或其他市場定有市價之物。行紀人始得介入。蓋既有市價。則利害不至衝突。可望公平也。

乙 須無反對之特約 行紀人雖有介入權。然無關公益。故委託人得以特約禁止之

價金之算定

2 價金之算定 得爲介入之時期。法無規定。至於介入之買賣價金。則以依委託人指示而爲出賣或買入時。〔註四〕市場之市價定之。此第五八七條一項後段所明定。〔註五〕但行紀人如以善良管理人之注意。處理委託事務。尙得以較利價金買賣時。委託人更得請求差額之賠償。

〔註四〕 所謂依委託人指示而爲出賣或買入時者。乃謂依承辦契約之債務本旨。實行其買賣行爲也。若故意選擇利己時期。以爲介入。則違反債務之本旨矣。

〔註五〕 瑞債規定介入之買賣價金。依委託實行當時（卽介入時）交易所或市場之市價定之。（瑞債四三六條二項）與我民法。大致相同。日商規定介入買賣價金。依行紀人發送介入通知時交易

所市價定之（日商三一七條）蓋恐行紀人選擇利己時期。以爲介入。又恐介入之後。遇有不利。更隨意變更。故規定以發送介入通知時爲標準。藉防此弊。至於德商。其介入之買賣價金。依委託實行當時交易所或市場之市價定之。（德商四〇〇條二項前段）與我民商債之規定無異。但行紀人發送通知之時。卽視爲實行日。（德商四〇〇條二項中段）則又與日商之規定相同。且以何時發送通知。取決於行紀人。仍難免任意遲速。以圖私利。例如委託買入時。行紀人乘物價偶爾騰貴。發送介入通知。嗣後乃以賤價買貨解交是。故德商爲預防流弊。更設有數種規定。卽（一）行紀人之通知過早或失遲時。委託人得主張依以前或以後較有利益之市價定之。（德商四〇一條一項參照）（二）自委託付與至發送通知之間。行紀人在交易所或市場。以較利市價與第三人結有行爲時。委託人得主張依其市價定之。（德商四〇一條二項）

仍得請求報酬及費用

3 報酬及費用之請求　行紀人自爲介入時。仍得請求報酬及爲委託人所支出之費用。（五八七條二項）蓋以介入亦爲委託履行之一種方法。故不妨仍爲此等請求。

視爲介入

4 介入之視爲　行紀人得自爲買受人或出賣人時。如僅將訂立契約之情事。通

之情形　知委託人。而不以他方當事人之姓名告知者。視為自己負擔該方當事人之義務。（五八八條瑞債四三七條）

第十五章　寄託（民法五八九條以下德民六八八條以下瑞債四七二條以下法民一九一五條以下日民六五七條以下）

第一節　寄託之性質

寄託之定義

寄託（Verwahrungsvertrag, Dépôt, depositum）云者。謂當事人一方。（寄託人）因使為保管之目的。以物交付他方。（受寄人）而他方則允為保管之契約也。（五八九條）【註一】分析言之。

【註一】寄託契約。歷自羅馬。觀德、奧、法、瑞、日諸國法。皆定為有名契約。倉庫寄託。亦為寄託之一種。

以物交付

一　寄託乃寄託人因使為保管以物交付受寄人之契約　寄託之主要目的。在為物之

保管之契約

保管。故契約之內容。必須約使保管。始得謂爲寄託契約。其交付保管之物。謂之寄託物。

寄託物不限於動產

1 寄託之標的物以物爲限　我民法於物之種類。無所限定。故不問動產或不動產。均無不可。但外國立法例。多將不動產除外。僅以動產爲限。〔註二〕

〔註二〕僅以動產爲限者。如德民（六八八條）法民（一九一八條）瑞債（七四二條）等是。廣及不動產者。如奧民（九六〇條）日民（六五七條）等是。

寄託爲要物契約

2 寄託爲要物契約　我民法將物之交付。定爲寄託契約之法定要件。僅雙方約定保管。寄託契約尚難成立。必須寄託人實行交付寄託物。然後寄託契約。始可成立。故寄託契約與使用借貸、消費借貸。同爲要物契約。〔註三〕惟使用借貸及消費借貸。以交付爲生效要件。（四六五條四七五條參照）而寄託以交付爲成立要件。此則所應區別也。

〔註三〕寄託在羅馬法。已認爲要物契約。嗣後各立法例。均採用之。如德民（六八八條）法民

（一九一九條）奧民（九五七條）日民（六五七條）等是。惟瑞債（四七二條）則改採諾成契約主義。又舊民之解釋論。亦不無主張此主義者。由立法論言之。宜採諾成契約主義。

何謂寄託物之交付

3 寄託物之交付　交付維何。謂交付寄託物。而移轉其占有於受寄人也。如爲消費寄託。並應移轉其所有權。（六〇二條參照）寄託物之交付。通常固多由寄託人直交付於受寄人。但使第三人間接交付或簡易交付。（七六一條一項但書參照）亦無不可。惟寄託以自己管領爲要件。故間接占有之取得。（七六一條二項參照）及返還請求權之讓與。（同條三項參照）雖可代交付。但受寄人尙未管領其物。自無由成立寄託契約。

受寄人允爲保管之契約

二 寄託乃受寄人允爲保管之契約　寄託契約。須經受寄人允爲保管。且對於寄託人所交付之寄託物。實行受領。始可成立。故受寄人常因交付而取得寄託物之占有。對於第三人。得直接對抗之。

何謂保管

1 何謂保管　保管云者。謂將所受領之寄託物。置諸自己管領之下。而維持其原狀也。所謂管領。指現得支配其物之可能狀態而言。或以所持稱之。至[illegible]所

必要之行爲。雖因寄託物之種類、價格、及保管場所等項。非必一致。但僅須足達維持原狀之目的。務求以原狀返還。如契約之目的。逾越此必要程度。在供給以上之積極的義務。則涉及委任或僱傭之範圍。非復寄託契約。蓋茲所謂保管。與管理不同。僅有保存行爲而已足。若改良及利用。則不在此內。

寄託與保管處所

2　寄託與保管場所　動產寄託。固多須供保管場所。但保管場所之提供。非寄託之要件。蓋寄託以保管爲目的。而保管場所之提供。不過其手段而已。故僅提供物品之收藏場所。並不負保管義務者。自非寄託。僅爲租賃或使用借貸而已。

寄託爲有償或無償契約

三　寄託係無償或有償契約　據我民法第五八九條二項之規定。受寄人除契約原定報酬者。或依受寄人之職業及交易上習慣等情形。非受報酬。即不爲保管者外。不得請求報酬。故我民法之寄託。乃做多數立法例。以無償爲原則。而以有償爲例外。【註四】其無償寄託。爲無償契約。而有償寄託。則爲有償契約。

【註四】　在羅馬法。其初雖以寄託爲無償契約。嗣後亦許得酌定報酬。近世諸國民法。均以無償

爲原則。必須有特約時。始爲有償。如德民（六八八條）奧民（九六九條）瑞債（四七二條二項）日民（六六五條六四八條）等是。法民第一九一七條雖採絕對的無償主義。而其第一九二八條。亦默許有償寄託。

寄託爲片務或雙務契約

四　寄託係片務或雙務契約　無償寄託、爲片務契約。至有償寄託、則爲雙務契約。故寄託爲片務或雙務契約。

寄託爲不要式契約

五　寄託係不要式契約　寄託契約之成立。毋庸履行一定之方式。自爲不要式契約。

寄託預約

六　寄託預約　寄託預約者。約定將來締結寄託契約之契約也。按寄託爲要物契約。而其預約。則爲諾成契約。故實際上爲便宜計。亦多先結此預約者。

在寄託預約。得爲片務預約及雙務預約。與一般預約無異。惟通常多僅以受寄人爲預約義務人。在此情形。遇有不得已事由時。受寄人得拒絕寄託契約之締結。蓋依第五九八條二項之解釋。當然生此結果。又寄託人迄不爲寄託。亦不生債務不履

行問題。其受寄人因準備受領寄託所支出之必要費用。除有特約及地方習慣外。受寄人不得請求償還。

契約內容兼有保管及其他事項者究爲何種契約

七　契約之內容兼有其他事項　契約之內容。專在保管時。其爲寄託。固甚明瞭。但兼有保管及其他事項時。究爲何種契約。不無疑義。從來通說。主張以契約之主要目的是否在於保管爲標準。而決定是否寄託契約。據予所信。大別爲三。即（一）契約之內容。以保管及其他事項併爲契約之目的者。常係混合契約。（二）其他有名契約之內容。當然包含保管義務者。（例如租賃、使用借貸等契約。當然包含保管義務是）仍係其他有名契約。（三）其他有名契約。僅以保管爲附隨的義務者。（例如委任、運送等契約）則關於保管義務部分。除有明文。（例如五三八條一項）應適用寄託之規定者外。其他亦應類推適用寄託之規定。至於寄託契約。僅以其他事項爲附隨者。仍不失爲寄託契約。

寄託契約與其他類似契約之區別

八　寄託與其他類似契約之區別　寄託與僱傭、承攬、委任等。同爲廣義的供給勞務契約。就保管工作之點言之。與承攬尤相類似。就供給勞務以爲保管之點言之。

亦與委任易相混同。但寄託之目的。在物之保管。與僱傭之目的。在供給勞務。承攬之目的。在完成工作。委任之目的。在處理事務。既不相同。且僱傭、承攬。全係有償。而寄託則以無償爲原則。亦屬有別。再就於一定期間相互移轉占有之點言之。與租賃、使用借貸。頗相類似。其消費寄託。更酷似消費借貸。但寄託之本來目的。原在物之保管。不在物之使用收益。且係爲寄託人之利益。亦有區別。故民法特定爲一種有名契約。

第二節　寄託之效力

第一項　受寄人之義務

受寄人之義務

保管義務

一　保管寄託物之義務　保管寄託物。爲受寄人之主要義務。何謂保管。前經述明。茲更述其要點於左。

注意程度

1　保管之注意程度　受寄人保管寄託物時。其所應盡之注意義務。據我民法。依寄託之有償或無償。而異其程度。即在有償寄託。受寄人應以善良管理人之注意爲之。而在無償寄託。則僅應與處理自己事務爲同一之注意。（五九〇條）蓋無償寄託。受寄人方面。毫無利益。故減輕受寄人之責任。

以不許使用爲原則

2　寄託物之使用　受寄人所保管之寄託物。原則上不許受寄人使用。必須經寄託人之同意。始得自己或使第三人使用之。又雖未經同意。而寄託物之性質上。以使用爲保管所必要或適當之方法時。亦應於其範圍內使用之。倘使用未經同意。又非保管之方法時。受寄人對於寄託人。應給付相當報酬。如有損害。並應賠償。但能證明縱不使用寄託物。仍不免發生損害者。不在此限。（五九一條）【註一】

【註一】　瑞債（四七四條一項）之規定。與我民同。奧民（九五八條）法民（一九三〇條）及日民（六五八條一項）均有類似之規定。德民雖無明文。而解釋論亦同。

專屬性

3　保管義務之專屬性　寄託契約。重在對人的信用關係。故受寄人應自己保管

寄託物。（五九二條本文）但不無例外。

甲　使第三人代爲保管　經寄託人之同意。或另有習慣。或有不得已之事由者。受寄人得使第三人代爲保管。（五九二條但書）

受寄人適法使第三人代爲保管者。僅就第三人之選任及其對於第三人所爲之指示。負其責任。（五九三條二項）如違法使第三人代爲保管者。對於寄託物因此所受之損害。應負賠償責任。但能證明縱不使第三人代爲保管。仍不免發生損害者。不在此限。（同條一項）

乙　使第三人補助保管　受寄人自己保管時。得使用第三人。以爲單純補助人。自不待言。唯就該補助人之行爲。應與自己之行動。負同一責任。（二二四條參照）

保管方法

4　保管之方法　保管之方法。通常依寄託物之種類、價格、場所、及有無報酬。斟酌定之。但經約定者。受寄人應依從之。非有急迫情事。並可推定寄託人若知有此情事。亦允許變更其約定方法時。受寄人不得變更之。（五九四條）【註二】

【註二】德民六九二條。規定受寄人可推定寄託人若知此情事。亦允許變更時。得變更其約定方法。在此情形。受寄人須預發通知。且非有緊迫情形。須待寄託人之決定。

保管場所

5　保管之場所　保管之場所。未經約定者。受寄人應參酌寄託物之種類、性質、價格、交易習慣、信義原則等項。並依契約之本旨。適當定之。在適合此等標準之範圍內。更得任意變更保管場所。至於保管場所經約定者。受寄人應依從之。惟因適法使第三人代爲保管時。或適法變更約定保管方法時。得變更約定保管場所。（六〇〇條二項參照）又有正當事由時。亦得變更之。（日民六六四條但書參照）

返還義務

二　返還寄託物之義務　寄託契約之目的。僅在物之保管。而所保管之寄託物。則受寄人不得不返還之。故返還寄託物。亦爲一種附隨的義務。

返還之物體

1　返還之物體　受寄人所返還者。係寄託契約成立時所受領之原物。又該物之孳息。亦應一併返還。（五九九條）

返還之處

2　返還之處所　當事人於返還處所。曾經約定者。自當依之。其未經約定者。

則依法律之標準規定。卽於寄託物應爲保管之地返還之。若受寄人因適法使第三人代爲保管。或適法變更法定保管方法。將寄託物轉置他處者。得於物之現在地返還之。（六〇〇條）【註三】故受寄人僅於保管場所。以爲返還。並無向寄託人送往之義務。若寄託人請求送往時。則由寄託人自負擔其費用及危險。【註四】

【註三】 瑞債（四七五條）法民（一九三六條）奥民（九六六條）德民（六九七條）日民（六六四條）均有類似之規定。

【註四】 德民六九七條後段。已明定受寄人毋庸向寄託人送往寄託物。

返還時期

3 返還之時期 寄託契約終了之時。卽應返還。其終了之原因若何。俟於第三節敍明之。

第三人主張權利時之返還

4 第三人主張權利時之返還。第三人就寄託物主張權利者。（例如第三人就寄託物主張所有權或其物權是）受寄人仍有返還寄託物於寄託人之義務。但第三人對於受寄人已提起訴訟。（例如對於受寄人提起所有物返還之訴是）或爲扣押者。（例如因主張所有物返還。聲請強制執行。或因對於寄託人所有金錢債務。聲請強制執行。以致扣押寄託物是）

不在此限。(六〇四條一項)【註五】

【註五】 瑞債第四七九條一項。規定第三人對於寄託物主張所有權時。非經審判上扣押其物。或提起所有權之訴。受寄人對於寄託人。仍有返還之義務。

危險通知之義務

三　危險通知之義務　第三人因就寄託物主張權利。對於受寄人提起訴訟。或為扣押時。受寄人應即通知寄託人。(六〇四條二項日民六六〇條瑞債四七九條二項)蓋使寄託人得有擁護權利之機會也。此項危險通知義務。亦為一種附隨的義務。

第二項　寄託人之義務

寄託人之義務

費用償還之義務

一　費用償還之義務　受寄人因保管寄託物而支出之必要費用。寄託人應償還之。但契約另有訂定者。不在此限。(五九五條)所謂因保管之必要費用。乃指履行保管義務所不可缺之一切費用而言。【註一】

【註一】 德民(六九三條)瑞債(四七三條一項)日民(六六五條六五〇條一項)其規定均與我

民相同。惟法民（一九四七條）則規定償還僅因保存所支出之費用。（修繕費、動物飼養費等）

二　損害賠償之義務　受寄人因寄託物之性質或瑕疵所受之損害。【註二】寄託人應負賠償責任。但寄託人於寄託時。非因過失而不知寄託物有發生危險之性質或瑕疵。或爲受寄人所已知者。不在此限。（五九六條）據此規定。受寄人苟因寄託物之性質或瑕疵。致受損害。卽不問寄託人有無過失。均使賠償。蓋以寄託人既利用他人。享受利益。則他人因此所受損害。亦應賠償。但寄託人如證明於委託時。不知有發生危險之性質或瑕疵。而其不知。又無過失。或證明受寄人原所已知。則得免賠償責任。故我民法並非採純粹無過失責任主義。僅以無過失爲免責　件而已。【註三】其以無過失爲免責要件者。蓋以寄託人有無過失。在受寄人。殊難證明。故以無過失爲免責要件。由寄託人負舉證之責。以保護受寄人。

（損害賠償義務）

【註二】例如寄存火藥爆發之損害。寄存病牛傳染之損害。寄存液體污損之損害等是。

【註三】關於此點。各立法例。大別爲三。（一）純粹無過失責任主義。卽不問寄託人有無過失

。均使賠償者。法民（一九四七條）採之。（二）以無過失爲免責要件者。即原則上固不問寄託人有無過失。但寄託人如證明無過失。則可免責。德民（六九四條）瑞債（四七三條二項）日民（六六六一條）及我民採之。（三）過失責任主義。即寄託人須有過失。始負賠償責任。奧民（九六七條）採之。

報酬給付義務

三　報酬給付之義務　據我民法之規定。寄託以無償爲原則。（本章一節三條參照）故須在有償寄託。其寄託人須有報酬支付之義務。而無償寄託則否。

1　報酬給付時期　報酬給付時期。原則上固應於寄託關係終止時。但分期定報酬者。應於每期屆滿時給付之。（六〇一條一項）

2　半途終止時之報酬　寄託物之保管。因非可歸責於受寄人之事由。於約定寄託期間之中途而終止者。受寄人得就其已爲保管之部分。請求報酬。但契約另有訂定者。仍依所定。（六〇一條二項）

短期時效

四　短期時效　關於寄託契約之報酬請求權。費用償還請求權。或損害賠償請求權

。自寄託關係終止時起。一年間不行使而消滅。（六〇五條）

第三節　寄託契約之終了

契約終了

一般原因

一　一般消滅原因　即應依一般法律行為之消滅原因。而歸於終了也。例如寄託期限之屆滿、寄託物之消滅、解除條件之成就等是。

一方終止

二　一方的終止　寄託人請求返還。或受寄人為其返還時。即為一方的終止。

1　寄託定有返還期限者　寄託物返還之期限。雖經約定。寄託人仍得隨時請求返還。（五九七條）蓋以寄託契約之締結。原專為寄託人之利益。自許其拋棄期限利益。終止契約。以請求返還也。至於受寄人。則應遵守期限。非有不得已之事由。不得於期限屆滿前。返還寄託物。（五九八條二項）

2　寄託未定返還期限者　寄託人於定有返還期限者。尚得隨時請求返還。其未定返還期限者。更不待言。至於受寄人。亦得隨時返還寄託物。（五九八條一項）故未定返還

期限者。任何一方。均得隨時終止契約。

第四節　消費寄託（六〇二條德民七〇〇條瑞債四八一條法民一九三二條日民六六六條）

消費寄託之意義

消費寄託。亦稱為不規則寄託。即寄託物為代替物時。於寄託契約。附加將寄託物之所有權移轉於受寄人。嗣後由受寄人僅以同種同質同量之物而為返還之約款也。（六〇二條前段）

消費寄託與通常寄託之差異

一　消費寄託與通常寄託之差異　消費寄託。與通常寄託不同者。約有數端。

1　寄託物須為代替物　一般交易上着眼其物之種類、品質、數量者。謂之代替物。在消費寄託。受寄人之返還。須以同種同質同量之物。自以代替物為限。但代替物之寄託。非必即為消費寄託。須附加消費寄託之約款。始為消費寄託。故消費寄託之寄託物。必須為代替物。而通常寄託之寄託物。則多為不代替物。

2　須移轉寄託物之所有權　通常寄託。僅在委託保管委託物。而消費寄託則須

將寄託物之所有權。移轉於受寄人。使受寄人得消費或處分所保管之物。故（一）危險負擔及利益承受。在消費寄託。自其約款締結時。即移轉於受寄人。（六〇二條二項並參照三七三條三四七條）而在通常寄託。因受寄人僅任寄託物之保管。雖交付之後。危險仍由寄託人負擔。而利益亦由寄託人承受。（二）在通常寄託。雖定有返還期限。寄託人仍得隨時請求返還。（五九八條）而在消費寄託。因兼爲受寄人之利益。其定有返還期限者。寄託人非有不得已之事由。不得於期限屆滿前。請求償還。（六〇三條三項參照）（三）受寄人破產時。在消費寄託。其寄託物應組入破產財產。而在通常寄託。則不組入破產財團。

3 僅須以同種同質同量之物返還　在通常寄託。受寄人須返還原所受領之物。而在消費寄託。則受寄人僅以種類、品質、數量相同之物返還。

消費寄託準用消費借貸之規定

二 消費借貸規定之準用　消費寄託與消費借貸。頗相類似。故法律着眼此點。使適用關於消費借貸之規定。（六〇二條後段）但就經濟上觀察之。兩者之間。不無差異。即

締結消費寄託之目的。在物之保管。多爲寄託人之利益。而締結消費借貸之目的。則在物之借入消費。多爲借用人之利益。故消費寄託。仍爲寄託契約。

金錢寄託推定爲消費寄託

三　金錢寄託推定爲消費寄託　寄託物爲金錢時。推定受寄人無返還原物之義務。但須返還同一數額。（六〇三條一項並參照德民六九八條）即在金錢寄託。雖無消費寄託之約款。亦推定爲消費寄託。惟既係推定。自得舉反證以推翻之。

金錢寄託。既推定爲消費寄託。自應適用關於消費借貸之規定。故其效果如左。

1 受寄人毋庸返還原所受領之金錢。僅須償還同一數額。（六〇三條一項）

2 寄託人所交付之金錢。其利益及危險。自交付時起。移轉於受寄人。（六〇三條二項）蓋以自交付時起。即移轉所有權也。

3 金錢之返還。定有期限者。寄託人非有不得已事由。不得於期限屆滿前。請求償還。（六〇三條三項）蓋以所定期限。亦兼爲受寄人之利益也。

場所主人之責任

第五節　場所主人之責任（六〇六條以下德民七〇一條以下瑞債四六七條以下法民一九五二條以下日商三五四條以下）

何謂場所主人

場所主人云者。謂以設備場所招來客人為營業之主體也。如旅店、飯食店、浴堂之類是。各立法例。為保護客人。及增進營業信用起見。多使場所主人。對於客人之物品。負重大責任。

旅店主人之責任

一　旅店主人之責任　旅店或其他以供客人住宿為目的之場所主人。即以供給住宿。招來客人。為其營業。其與客人間之關係。固為住宿關係。但內容複雜。實係包含租賃、買賣、僱傭、寄託等項之混合契約。寄託中所規定者。僅為關於寄託部分。

旅舍寄託

謂之旅店寄託。使旅店主人對於客人所攜帶物品。負重大之責任。即客人所攜帶物品。不問曾否交付保管。【註一】如有毀損喪失。應由主人負賠償責任。其毀損喪失。縱令第三人者所致者（例如為店內他客所竊）亦同。惟毀損喪失。係因不可抗力、或因其

物之性質、或因客人自己、或因其伴侶隨從、或來賓之故意過失所致者。主人始不負責任。(六〇六條)按債務人對於通常事變。原則上本不負責。但在旅店寄託。苟有毀損喪失。則主人雖無故意過失。或縱令第三人所致者。仍由主人負其責任。是使主人對於通常事變。亦負其責。【註二】

對於通常事變仍須負責

惟毀損喪失。係因不可抗力所致者。此乃外部事變。不屬於業務範圍。縱令以通常必要之預防方法。仍不能防止其發生。若猶負責。未免過刻。故使主人對於不可抗力。不負責任。【註三】再因其物之性質所致者。本應由物之所有人自己負擔損害。又因客人自己之故意過失所致者。本應由行為人自負其責。至於因客人之伴侶隨從或來賓之故意過失所致者。亦可視同客人自己之過失。故均使主人不負其責。

免責事項

但此等事件。及主人之免責要件。仍由主人負舉證之責任。據上所述。對於不可抗力以外之通常事變。既須負責。而所得免責事項。並使負舉證責任。斯為重大責任。【註四】所以負此重大責任者。蓋以旅店主人。最易竊取客人物品。湮滅證據。且同居混雜。易生危險。故使主人。負此重大責任。

所負重大責任

以保護客人。而增加營業信用。

【註一】 各立法例。多規定凡客人所攜帶物品。不問已否交付保管。均由旅店主人。負重大責任。（瑞債四六七條德商七〇一條日舊商六〇九條）我民亦倣之。但日新商。則規定旅店主人。僅對於客人交付保管之物品。始負重大責任。（日新商三五四條一項）至於未交付保管之物品。須因主人或其使用人之不注意以致滅失毀損者。主人始負責任。（日新商三五四條二項）

【註二】 例如因旅店內部發生之竊盜、失火、房屋倒塌、火油爆發等事由。致損害旅客所攜帶之物品時。旅店主人。應負其責。縱令證明自己或其受僱人並無過失。仍應負責是。

【註三】 何謂不可抗力。請參照拙著債編總論下册第三章第二節第二款之七。例如因街鄰失火延燒、地震、暴風雨、落雷、武裝強盜等事由。致損害旅客所攜帶之物品時。旅店主人。倘證明業按其事業種類。皆講求必要預防方法。則不負賠償責任是。

【註四】 在羅馬共和時代。規定旅店主人。對於客人交付保管之物品。負絕對的責任。降至帝政時代。改爲旅店主對於客人所攜帶之物品。如證明其損害。係因不可抗力或客人自己過失所致者。

始得免其責任。卽使旅店主人對於不可抗力以外通常事變。均負責任。而所得免責事項。並使負舉證之責。此種主義。遂爲諸國法所採用。如德商七〇一條、瑞債四六七條、日商三五四條皆是。惟日商限於交付保管之物品。而瑞債於主人及其使用人無過失時。其賠償額。僅以壹千佛郎爲限耳。至於法民一九五四條意民一八六八條。規定旅店主人。就以武裝或其他不可抗力盜取旅客之物品者。不負其責。蓋亦使旅店主人。對於不可抗力以外之通常事變。均負其責。

飲食店及浴堂主人之責任

二　飲食店及浴堂主人之責任　飲食店主人。謂設備場所。招來客人飲食。並以爲營業之主體。其與客人間之關係。固係飲食關係。但爲包含租賃、買賣、僱傭、寄託等項之混合契約。浴堂主人。謂設備場所。招來客人入浴。並以爲營業之主體。其與客人間之關係。固係入浴關係。但亦爲包含租賃、僱傭、寄託等項之混合契約。寄託中所規定者。僅爲寄託部分。謂之飲食店寄託或浴堂寄託。

飲食店寄託或浴堂寄託

使飲食店主或浴堂主人。卽飲食店浴堂主人。對於客人所攜帶之通常物品。負重大責任。對於客所攜帶之通常物品。不問曾否交付。如有毀損喪失。應由主人負賠償責任。其對不可

重大責任

抗力以外之通常事變負責。而所得免責之事項。並使負舉證責任。與旅店主人之責任無異。惟所應負責之物品。僅以客人所攜之通常物品爲限。較旅店主人之責任。稍減輕耳。（六〇七條）

貴重物品須交保管始負責任

三　貴重物品之情形　客人之金錢、有價證券、珠寶或其貴重物品。非經報明其物之性質及數量。交付保管者。主人不負責任。（六〇八條一項）蓋以貴重物品。最微價重。易致被竊。須特別保管。始免危險。故須交付主人保管。並報明其性質及數量者。主人始負損害賠償責任。但主人無正當理由。拒絕爲客人保管貴重物品者。或其物品因主人或其僱用人之故意或過失而致毀損喪失者。雖未交付保管。主人對於毀損喪失。仍負賠償責任。（六〇九條二項三項）【註五】

【註五】　德民規定金錢、有價證券、及其他貴重物品。未交付保管者。主人僅以一千馬克之價格爲限度。負賠償責任。但明知爲貴重品而承受保管。或拒絕保管。又或其損害因主人或受僱人之過失所致者。則賠償額。並無限制。（德民七〇二條）瑞債規定貴重物品、多量金額、或有價證券。

未交付旅店保管者。旅店主人。僅於自己或其受僱人有過失時。始負責任。但旅店主人承受保管。或拒絕保管者。則就全部負其責任。再旅客所交付者。不能認爲貴重物品時。旅店主人。負與旅客其他物品同一之責任。（瑞債四八八條）考德瑞兩國規定。較諸我民。均爲妥當。

限制責任之揭示無效

四　責任限制　上述場所主人。以揭示限制或免除第六〇六條至第六〇八條所定主人之責任。即上述各種責任者。其揭示無效。（六〇九條德民七〇一條三項瑞債四八九條二項日民三五四條三項）蓋所定此等責任。乃以保護客人。增進營業信用。自不許主人以片面的揭示限制或免除之。

通知條件

五　通知條件　客人知其物品毀損喪失後。應即通知主人。怠於通知者。喪失其損害賠償請求權。（六一一條瑞債四八九條一項德民七〇三條本文）故此項通知。爲客人行使損害賠償請求權之條件。但曾交付保管者。自毋庸通知。德民關於此點。業經明定。（德民七〇三條但書）

短期時效

六　短期時效　依第六〇六條至第六〇八條所生之損害賠償請求權。自發見喪失或毀損之時起。六個月間不行使而消滅。自客人離去場所後。經過六個月者亦同。（

六一一條）

留置權

七　留置權　主人就住宿、飲食、或墊款所生之債權。於未受淸償前。對於客人所攜帶之行李及其他物品。有留置權。（六一二條）【註六】蓋以主人責任。故對其所有債權。規定擔保物權。以資保護。而期緩和。

【註六】德民七〇四條。規定法定質權。以資擔保。瑞債四九一條。規定法定留置權。以資擔保

第十六章　倉庫營業（六一三條以下瑞債四八二條以下德商四一六條以下日商三五七條以下）

第一節　總說

倉庫營業之利益

一　倉庫營業之利益　倉庫營業。乃擔承保管物品之所。在商業界。裨益良多。其重要者。約有數端。（一）特爲公衆設備倉庫。以供保管。故商人毋庸各自設備倉

庫。且保管費亦較各自設備者爲廉。（二）倉庫營業人之倉庫。建築堅牢。保護周密。火災盜難等危險。自必較少。（三）設備完全。易於檢點。買賣之際。頗多便利。（四）發行倉單。以圖交易之便。

倉庫營業之起源

二　倉庫營業之起源　倉庫營業之起源。固在中世時代。而其制度之漸趨完備者。實首推英國。法、和等國次之。德國又次之。迄至近世。歐西各國法令。咸多規定。至於我國。凡商業繁盛之區。早有行棧。以供保管。惟無法令。可資遵循。而所發行之棧單。考諸習慣。雖可抵押。而其性質。似尚非有價證劵。效力亦甚薄弱。降及近代。通商貿易。日趨發達。輪船公司。多兼營倉庫營業。我國自此始有新式倉庫營業。（Warehouse, dock）惟經營者。多屬外商。所定規則。咸各依其本國法令。

倉庫營業之法制

三　倉庫營業之法制　關於倉庫營業之法制。其主義大別爲三。即（一）編入商法中者。德、意、匈、日諸國屬之。此數國中。以日商規定較詳。其他諸國。均甚畧

簡。寥寥數條耳。（二）編爲單行法者。英、法、奧、比諸國屬之。（三）編入私法典中者。我國編入民法中及瑞士編入債務法中屬之。

倉庫營業之待遇主義

四　倉庫營業之待遇主義　國家對於倉庫營業之待遇。其主義大別爲二。干涉主義及自由主義是也。在干涉主義。凡經營倉庫者。必須有一定資格及公署之許可。而開業時。又須提出保證金。如有侵權行爲。則受特別之制裁。惟亦授以種種特權。且賦與公共信用。在自由主義。則以倉庫營業爲自由營業之一種。毫不加以特別之限制。英、比、日諸國採自由主義。法、奧、意、和、匈諸國採干涉主義。至於德商瑞債。其倉庫營業。雖係自由。而倉單之發行。則限於經核准者。始得爲之。

第二節　倉庫營業人之意義

倉庫營業人云者。謂以受報酬而爲他人堆藏及保管物品爲營業之人也。（六一三條德商四一六日商三五七條）分晰言之。

倉庫營業須爲他人保管

倉庫出租倉庫營業不同

數量倉庫寄託乃消費寄託

各別倉庫寄託與混藏倉庫寄託

一　須爲他人保管　倉庫營業人乃爲他人保管。質言之。即擔任寄託。故設備倉庫而出賃其全部或一部。以收取租金者。此則爲倉庫出租人。并非倉庫營業人。蓋以僅出賃倉庫。聽人使用。并不負保管責任也。又擔任寄託時。將寄託物之所有權移轉於倉庫營業人。嗣後由倉庫營業人。僅以同種同質同量之物而返還者。此則爲消費寄託。即倉庫營業人取得受寄物之所有權。得消費或處分之。與僅擔任寄託。爲他人保管者。自不相同。故學者以數量倉庫寄託（Summenla gerges chäft）稱之。此亦并非倉庫營業人。德商第四一九條三項。已明定不適用倉庫營業之規定矣。

倉庫營業人之爲他人保管也。有將各寄託人之寄託物。各別保管。不與他人之物相混者。此之謂各別倉庫寄託。有將各寄託人所交同種同質之寄託物。混合保管者。此之謂混藏倉庫寄託。據德商瑞債之規定。受託物爲代替物時。如經寄託人明示之承諾。倉庫營業人即得將該受寄物。與同種同質之他物。混合保管。（德商四一九條一項瑞債四八四條一項）是明定以各別倉庫寄託爲原則。而以混藏倉庫寄託爲例外。我國民法是否認

許此項例外。雖無明文規定。但就契約自由及商業慣習言之。亦應認許。按混藏倉庫寄託。其同種同質之受寄物。在混合保管之際。即爲各該寄託人所共有。（八一三條及八一二條一項參照）各按其應有部分。享有請求交付及處分（如轉讓或出質是）之權。而倉庫營業人。幷未取得受寄物之所有權。仍係爲他人保管。故混藏倉庫寄託。與數量倉庫寄託有別。仍不失爲倉庫營業人。

混藏倉庫寄託與數量倉庫寄託不同

二　須堆藏而保管　即倉庫營業人。須設備倉庫。將他人之物品。堆藏於倉庫而保管之。按通常寄託。固亦須有保管處所。而不必特設倉庫。此爲通常寄託與倉庫寄託區別之點。惟所謂倉庫。非必須有倉房之形式。凡足以堆藏物品而供保管之用者皆是。又所設備之倉庫。或爲自有。或租自他人。均非所問。

須設備倉庫以供堆藏

三　堆藏而保管者須爲物品　倉庫營業人所堆藏而保管者。須爲物品。質言之。即以動產爲限。按我國通常寄託之標的物。雖不問動產或不動產。均無不可。但倉庫營業人之保管。必須堆藏於倉庫。若不動產。無從堆藏。故倉庫所得堆藏者。自以

堆藏物品以動產爲限

動產爲限。此亦爲通常寄託與倉庫寄託區別之點。又苟爲動產。則容積之大小。重量之輕重。價格之高低。均非所問。凡適於堆藏者。均無不可。【註一】

【註一】德國學者。於倉庫寄託之標的物。有主張容積不可過小。價格不可過高者。即謂貴重品不宜爲倉庫寄託之標的物。（如柯隆克氏是）又有主張動物不得爲倉庫寄託之標的物者。（德國新商法參考書）

須以爲營業始得謂倉庫營業人

四　須以爲營業　爲他人堆藏幷保管其物品者。必須以爲營業。始得謂爲倉庫營業人。既以爲營業。當然收受報酬。【註二】按通常寄託。並非以爲營業。其契約亦以無償爲原則。以有償爲例外。而倉庫寄託。則須以營業行之。其契約並必爲有償契約。此亦爲通常寄託與倉庫寄託區別之點。故偶然收受報酬。爲他人堆藏幷保管其物品者。以及他種營業人。因營業上之關係。擔任保管他人物品者。均不得謂爲倉庫營業人。但他種營業主體。不妨以倉庫營業作爲副業而兼營之。【註三】

【註二】何謂營業。請參照本書第十四章第二節註六。

【註三】行紀兼營倉庫營業者。如我國之行棧是。運送人兼營倉庫營業者。如我國輪船公司多兼營堆棧是。

倉庫寄託為寄託契約

五　倉庫營業人與寄託人間之關係　倉庫營業人既為他人擔任寄託。其與他人（即寄託人）間之關係。自為寄託契約。謂之倉庫寄託。故規定倉庫除倉庫營業節內有規定外，準用寄託之規定。（六一四條）

第三節　倉單

何謂倉單

一　倉單之意義　倉庫寄託。亦如普通寄託。僅為要物契約。並非要式契約。其契約之成立。毋庸作成文件。但寄託人之寄託物。在倉庫營業人保管之中。若無代表之證券。則無以處分寄託物。【註一】故使寄託人得請求倉庫營業人。就寄託物。填發證券。此之謂倉單。（Lagerschein, warrant, dock warrant）

【註一】倉單乃用以處分寄託物之證券。蓋倉庫寄託之標的物。必為動產。而動產之轉讓或出質。

必須交付。其在倉庫營業人保管中時。無以交付。不便處分。故塡發倉單。代表寄託物。以倉單之交付。替代寄託物之交付。而便於處分也。

二單主義一單主義及併用主義

二　倉單之主義　考各立法例。其主義大別爲三。卽二單主義一單主義及併用主義是已。二單主義。亦稱爲複單主義。卽同時塡發兩張倉單。一爲存倉單。以供轉讓之用。一爲質倉單。以供出質之用。法、意、比、奥、匈諸國採之。英國亦採附有條件之二單主義。【註二】一單主義。亦稱爲單單主義。卽僅塡發一張倉單。以供轉讓或出質之用。德、瑞、和諸國採之。併用主義。亦稱爲單複併行主義。卽一單或二單。由寄託人選擇請求之。日商採之。

二單主義與一單主義之優劣

二單主義與一單主義。優劣若何。爭論頗多。主張二單主義者。其理由約有數端。（一）得先出質而後轉讓。卽得先由質倉單。出質籌款。以應急需。然後徐待機會。以存倉單善價出售。故出質與轉讓。得併行不悖。若僅有一單。則出質之後。無以轉讓。（二）金融及物品。輾轉較盛。卽出質之後。價格較低。容易出售。故

我民採一單主義

易輾轉。至主張一單主義者。其理由亦有數端。（一）在二單主義。其二單分別流通時。存倉單持有人。恐出質所擔保之債權。不能清償。致寄託物拍賣充償。而質倉單持有人。亦恐二單所載債權額。或不一致。各持有人。均抱不安之念。且彼此之間。關係亦繁。究不若一單之安全簡便。（二）二單主義。雖先質後賣。得併行不悖。然既經出質。不易出售。故二單亦如一單。（三）質倉單之出質。易暴露商人之祕密。商人多規避之。要之此二種主義。孰優孰劣。殊難武斷。應視金融發達之程度。斟酌採用。現我民法係採一單主義。蓋以我國金融程度。尚難採用二單主義也。

【註二】 考英國法。在寄託物買賣時。倉庫營業人應填發 Warrant and Weight-note二單。在買受人未付清價金以前。出賣人留存 Warrant。僅以 Weight-note 與買受人。而買受人更得以轉讓於他人。嗣後 Weight-note持有人。得向倉庫營業人付清價金。領取寄託物。倘屆期不付。則權利消滅。此外均僅填 Warrant一單。故學者多稱爲附有條件之二單主義。或竟稱爲一單主義。

倉單爲因求證券

二　倉單之塡發　倉庫營業人。因寄託人之請求。應由倉單簿。塡發倉單。（六一五條）（瑞債四八二條）故倉庫寄託。非必卽有倉單。須寄託人請求時。倉庫營業人始有塡發之義務。學者或以因求證劵稱之。玆更述其關係事項於左。

倉單簿之備置

1　倉單簿之備置　倉庫營業人。須備置倉單簿。而其倉單簿。必須爲聯單式。以一聯作爲存根。以一聯塡發倉單。第六一五條所謂由倉單簿塡發倉單。卽指聯單式而言。又倉庫營業人。須將倉單所載法定事項。記載於倉單簿之存根。（六一六條二項）蓋既便清查。復資核對。以防變造也。

倉單之分別塡發

2　分別塡發　倉單持有人得請求倉庫營業人。將寄託物分割爲數部分。並按所分割部分。分別塡發倉單。蓋以分別塡發。額數較少。易於處分也。惟持有人請求分別塡發時。應將原倉單交還。蓋倉單爲證劵。若不交還。輾轉入於善意第三人之手。則倉庫營業人。難免重複履行。故須收回作廢。以防危險。又分割寄託物及分別塡發新倉單之費用。亦由持有人負擔。（六一七條）蓋以原爲持有人之利益。

自應負擔其費用也。

三　倉單之特質　倉單之特質如左。

倉單之特質

倉單爲有價證券

1　倉單爲有價證券　書據上權利。與其書據之占有。有不可分離之關係者。謂之證券。如證券上表彰之權利爲財產權。則經濟的價值之無形權利。化爲有形證券。故稱爲有價證券。若夫倉單。乃以表彰寄託物之所有權。必須移轉倉單。然後其權利。始可移轉。（六一八條參照）而請求交付寄託物。亦須以倉單爲之。是其權利之處分及行使。與倉單之占有。已有不可分離之關係。而倉單所表彰之寄託物所有權。又爲財產權。故倉單爲有價證券。

倉單爲要式證券

2　倉單爲要式證券　證券必須記載法定事項。始付與法律上效力者。謂之要式證券。若夫倉單。應記載左列事項。并由倉庫營業人簽名。（六一六條一項）始得生倉單之效力。故爲要式證券。

甲　寄託人之姓名及住址　證券之款式。原有記名式指定式及無記名式三種。

無記名倉單不得塡發

【註三】若夫倉單。既以記載寄託人之姓名爲要件。則無記名倉單之塡發。在所不許。彰彰明甚。【註四】至於選擇無記名式倉單。則仍得塡發。蓋選擇無記名式。乃於寄託人姓名之下。附加或持有人字樣。既載有寄託人姓名。要件尙屬無缺。故仍得塡發。

【註三】　證券上記載特定權利人之姓名者。爲記名式。證券上記載權利人之姓名幷附加所指定人字樣者。爲指定式。證券未記載權利人之姓名者。爲無記名式。此外尙有記載來人字樣者。亦爲無記名式之一種。

【註四】　瑞債明定得塡發無記名倉單。（瑞債四八二條三項）德商因無明文。爭論不一。其帝國法院判例及多數學者。均主張得塡發無記名倉單。惟我民及日商。（三五九條）其倉單以記載寄託人之姓名爲要件。若不記載。則因欠缺要件。倉單無效。故應解爲不得塡發無記名倉單。爰考厥由。蓋以無記名倉單。不得背書轉讓。僅可交付轉讓。前手不負擔保責任。信用較薄。於金融社會。頗不相宜。故禁止之。

乙 保管之場所 保管處所。於安全程度。頗有關係。且載在倉單。亦便於倉單持有人之檢點寄託物或摘取樣本。（六二〇條參照）故應記載之。

丙 受寄物之種類品質數量及其包皮之種類個數及記號 倉單乃表彰受寄物所有權之證劵。故須載明其種類品質數量。以便辨識其內容。幷應載明包皮之種類個數記號。以便與他項受寄物。易於辨別。

丁 倉單塡發地及塡發之年月日。

戊 定有保管期間者其期間 定有期間。始應記載。故非絕對的要件。

己 保管費。

庚 受寄物已付保險者其保險金額保險期間及保險人之名號 我民法上倉庫寄託。其倉庫營業人對於受寄物。原無當然付諸保險之義務。必因或受寄託人之委任。或爲寄託人之利益。始代寄託人付諸保險。（保險法四條）又或倉庫營業人。將自己所負損害賠償責任。付諸保險。（保險法五一條參照）如有此等保險情事。始應記

載其保險金額保險期間及保險人之姓名。故亦非絕對的要件。

以上所舉法定記載事項。須在單上。全行記載。若欠缺其一。則爲欠缺要件。其倉單無效。（日本大審院民事判決錄一〇輯三二六頁參照）

法定事項以外之記載。其效力若何。在我民法。關於倉單。幷無票據法第九條同樣之規定。故所記載之事項。苟不違背倉單之本質。自應解爲生其效力。

倉單爲物權的證券

3　倉單爲物權的證券　表彰物權之證券。謂之物權的證券。若夫倉單。記載寄託債權關係。倉單持有人。並得據以請求交付貨物。就此債權的效力之方面言之。固僅爲債權的證券。然倉單所載貨物。必須移轉倉單。然後貨物之所有權。始可移轉。（六一八條參照）其倉單之交付。與貨物之交付。有同一之效力。故倉單即代表所載貨物之所有權。就此物權的效力之方面言之。自可謂爲物權的證券。又因倉單之交付。與貨物之交付。有同一之效力。亦以交付證券稱之。再塡發倉單後。非以倉單。不得處分貨物。故學者又或以處分證券稱之。

倉單之背書性

4　倉單之背書性　背書爲證劵轉讓之一種方法。卽證劵權利人。在劵上記載轉讓意旨。簽書姓名。然後交付證劵。以爲轉讓也。我民法第六一八條規定倉單所載之貨物。非由貨物所有人。於倉單背書。並經倉庫營業人簽名。不生所有權移轉之效力。據此規定。凡塡發倉單時。如欲讓與倉單所載貨物之所有權。必須以背書方法。轉讓其倉單。此之謂讓與背書。故所發倉單。無論爲記名式或指定式。均得以背書轉讓。彰彰明甚。此之謂背書性。卽言倉單當然有背書之性質。學者或以當然指定證劵稱之。【註五】惟倉單上載有禁止背書者。則不得背書轉讓。僅得以普通債權讓與之規定轉讓。（二九六條以下）【註六】且不生物權的效力。【註七】

讓與背書

亦稱爲當然指定證劵

背書之外更須經倉庫營業人簽名

據上述第六一八條之規定。倉單所載貨物所有權之轉讓。其要件有二。（一）貨物所有人。須在倉單背書。卽須在倉單上。記載被背書人姓名及背書年月日幷簽名是也。（二）須經倉庫營業人簽名。按他項證劵。其背書轉讓。僅讓與人背書。幷交付於受讓人。斯告完成。毋庸再經發行人簽名。（六二八條票據法二八條海商法八九條參照）此

則於貨物所有人背書外。更須經倉庫營業人簽名。蓋便於查明持有人之變更。且得預防背書之僞造也。但由立法論言之。仍以不經倉庫營業人之簽名爲當。【註八】

何謂倉單持有人

倉單持有人云者。謂占有倉單之人也。蓋倉單所載寄託人。即最初貨物所有人。多依背書。將倉單讓與他人。未必始終占有其倉單。故於寄託人外。更有所謂倉單持有人。

出質背書

倉單雖僅明定用以讓與所載貨物。然亦足以供出質之用。即就倉單所載貨物設定質權。應由貨物所有人。在倉單背書。幷交付倉單於質權人。始生設定質權之效力。（九〇八條後段幷參照九〇二條七六一條一項）

【註五】　日商明定記名式倉單。亦得以背書轉讓或出質。（日商三六四條一項本文）我國商行爲法草案之規定亦同。（草案一四六條一項本文）此外各國商法。殆均以倉單爲法律上當然指定證券。按證券大別爲記名式指定式無記名式三種。記名證券。僅得向證券上所載特定權利人爲清償。

不得以背書轉讓。亦稱爲指名證券。指定證券既得向證券上所載權利人清償。亦可向其所指定人清償。自得以背書轉讓。無記名證券。以向持有人清償。自應交付轉讓。毋庸背書。在通常證券。其記名證券上。必須載有指定文句。始有指定證券之性質。得以背書轉讓。否則卽爲指名證券。僅可依普通債權讓與之規定。以爲轉讓。但票據、提單、倉單等證券。利在輾轉流通。必須易於轉讓。其記名證券。雖無指定文句。亦認爲有指定證券之性質。得以背書轉讓。此之謂背書性。亦稱爲當然指定證券。各立法例。或經明定。或以事屬當然。未予明定。

【註六】 普通債權之讓與。須通知債務人。始得對於債務人。發生效力。程序較繁。（二九七條）至於背書。則程序較簡。

【註七】 所謂物權的效力。指移轉倉單所載貨物所有權而言。故在背書轉讓。其讓與倉單。卽爲讓與倉單所載貨物之所有權。至於債權的效力。則指倉單所載貨物之交付請求權而言。故依普通債權讓與之規定轉讓。不過讓與貨物之交付請求權而已。並非因以卽行移轉貨物之所有權。必須另有交付物權契約之履行行爲。始實行移轉。其倉單之交付。亦不過交付債權證書而已。（二九六條前段）

【註八】背書制度。原以省略通知債務人之程序。（即二九七條一項所定程序）務求簡易。若仍須倉庫營業人簽名。則與應通知債權人何異。故以不經倉庫營業人簽名爲當。

倉單爲文義證券

5　倉單爲文義證券　證券上權利之內容及範圍。依證券上記載文義而決定者。謂之文義證券。按文義證券。爲流通證券之效果。即在證券發行人與直接　領證券人間。固以當初設定權利之意思表示爲準。其證券上記載遺漏或記載不符之事項。在此直接當事人間。仍得互主張之。但證券若轉入善意第三人之手。則該第三人之權利。應以證券上記載文義爲準。其當初表示。縱令果有記載遺漏或記載不符之實情。亦不得以補充或變更證券上之文義。蓋以保護善意第三人。獎勵證券流通也。若夫倉單。得以背書讓與。輾轉流通。其爲流通證券。彰彰明甚。以此效果。自亦爲文義證券。

倉庫營業人與倉單持有人間以倉單上文義爲準

關於寄託事項。在倉庫營業人與倉單持有人間。自應依倉單上記載文義決定之。【註九】其證券上之記載。對於當初寄託契約。縱有不符。仍以倉單上記載文義爲準。故倉庫營業人。在倉單上爲不實記載時。即如

未受領物品。而塡發倉單。（即空頭倉單）或所記載物品之種類、品質、數量等項。與實際受領者不符時。倉庫營業人。應依倉單上記載文義。負履行之債務。（即應按倉單交貨）如履行不能。則負債務不履行之損害賠償責任。【註十】

倉庫營業人與寄託人間以當初契約為準

關於寄託事項。在倉庫營業人與倉單持有人間。固應依倉單上記載文義決定之。但在倉庫營業人與寄託人間。則仍依當初寄託契約決定之。蓋以係直接當事人也。

【註九】日商三六二條。業經明定。我國舊商行為草案一四二條亦同。我民雖無此項明文。然就倉單為流通證券言之。亦應解為生此效果。

【註十】倉庫營業人在所塡發倉單上。為不實記載時。應如何負責。卽其負責之根據何在。從來學說。聚訟紛紜。略述梗概。以備參攷。（一）過失說。謂倉庫營業人之負責。因有過失。卽言倉單上之債權。為要因債權。倉庫營業人所以負交付物品義務者。係因曾受領物品。非因塡發倉單。僅交付曾經受領之物品而已足。故倉單上記載之物品。原未受領。或種類、品質數、量等項不符時

。倉庫營業人並無依倉單上文義履行之責任。但因記載不實。使第三人誤信爲眞。致受意外損害。未免有過失。卽應賠償因誤信所生之損害。（德民一二二條我民九一條參照）此爲德國通說。（二）侵權行爲說。謂倉庫營業人之負責。係因侵權行爲。卽言凡爲行爲。應以相當之注意。避免侵害一般人之權利。苟侵害他人權利。斯爲過失。應依侵權行爲之規定。負損害賠償之責。倉單之塡發。亦應有此項注意義務。如因記載不實。侵害他人權利。自亦應依侵權行爲。負損害賠償責任。其餘主張。與過失說相同。此爲日本大審院判例之見解。松本博士亦採之。（法學新報二三卷一〇號六九頁）（三）不要因債權說。謂倉單爲不要因證券。其持有人之取得倉單上權利。與權利所由發生之原因無涉。不問當初寄託契約。（卽原因）曾否成立。及其內容若何。倉單塡發人。均應負倉單上之債務。故倉單上記載不實時。倉庫營業人應負此項債務不履行之損害賠償責任。岡松博士。卽採此說。（內外論叢第二卷第五號一三四頁）（四）絕對文義證券說。謂倉單爲文義證券。倉庫營業人應絕對依倉單上記載文義。負履行之債務。此爲竹田博士所唱。（京都法學會雜誌第七卷九四頁以下）本書亦採之。（五）相對文義證券說。亦謂倉單爲文義證券。倉庫營業人固應依證券上

記載文義。負履行之債務。但兼爲要因證券。蓋以倉單之塡發。係本於寄託契約也。若當初寄託契約無效。則倉單上之債權。亦應無效。倉庫營業人。卽無履行之義務矣。故倉單上所載物品之種類、品質、數量等項。與實際受領者不符時。倉庫營業人雖應依倉單上記載文義。負履行之債務（卽按倉單交貨）但倉單上所載物品。如原未受領。則倉庫營業人。無返還之義務。蓋以倉庫寄託。爲要物契約。其寄託物既未交付。寄託契約。自未成立。無以發生履行義務也。石坂博士。卽採此說。（石坂著民法硏究下冊四六三頁以下）松本博士。雖亦謂倉單有相對的文義證券之性質。但其主張範圍。較石坂尤狹。故列入第二說中。

倉單爲交換證券

6　倉單爲交換證券　凡塡發倉單時。須向倉庫營業人提示倉單。並以倉單與寄託物相交換。始得請求寄託物之交付。蓋以倉單爲有價證券。卽權利之化身。倉庫營業人返還寄託物。必須收回倉單。否則有重爲返還之虞也。

第四節　倉庫營業人之權利

當然得請求保管費

一　保管費請求權　保管費者。倉庫營業人因保管所受之報酬也。保管費之額數。依契約商定。且塡發倉單時。必載諸倉單。（六一六條一項六款參照）惟倉庫營業人。多預定保管費表。據以收受保管。又縱令契約內未明定保管費。或無保管費表。倉庫營業人仍得請求相當之保管費。蓋既以擔任保管爲營業。當然得收受報酬也。

保管費請求時期

1　保管費請求時期　倉庫營業人於寄託物移去時。得請求支付保管費。如分期定保管費者。於每期屆滿時。得請求支付。此乃準用第六〇一條一項之規定。（六一四號）再寄託物移去一部時。得按其部分。請求支付。

【註一】　德商瑞債。均規定於入庫後每經三個月。又於寄託物全部或一部移去時。得請求支付。（德商四二〇條瑞債四八五條二項）

半途中止之保管費

2　半途中止之保管費　寄託物之保管。因非可歸責於倉庫營業人之事由。於約定保管期屆滿之前而中止者。倉庫營業人得就已爲保管之部分。請求支付保管費。但契約另有訂定者。仍依所定。此乃準用第六〇一條二項之規定。（六一四條）

費用償還請求權

二　費用償還請求權　倉庫營業人。關於寄託物所付墊款。如保險費、關稅等。以及所付其他必要費用。如包裝修繕費等。除契約另有訂定外。均得請求償還。其請求時期。與保管費請求時期相同。【註二】此乃準用第五九五條之規定。(六一四條)惟由保管本身所生之費用。不得請求償還。蓋以此種費用。已包含於倉庫營業人所取保管費之內。自不得再行請求償還。【註三】

【註二】德商瑞債均規定所付墊款。得即時請求償還。其他費用之請求時期。則與保管費之請求時期相同。(德商四二〇條二項瑞債四八五條二項)

【註三】瑞債已明定由保管本身所生之費用。應予除外。(瑞債四八五條一項後段)

損害賠償請求權

三　損害賠償請求權　倉庫營業人因保管寄託物之性質或瑕疵所受之損害。得向寄託人。請求賠償。但寄託人於寄託時。非因過失而不知寄託物有發生危險之性質或瑕疵。或為倉庫營業人所已知者。不在此限。此乃準用第五九六條之規定。(六一四條)

留置權及優先權

四　留置權及優先權　倉庫營業人關於上述各種權利。依留置權之規定。享有留置

優先權

權。（九二八條以下）【註四】又寄託物拍賣時。就其拍賣代價。有優先受償權。（六二一條後段參照）

【註四】　德商四二一條。定爲法定質權。瑞債四八五條三項。定爲特別留置權。即寄託物在倉庫營業人占有中。以及得以提單載貨證券或倉單處分時。均有質權或留置權也。

受寄物之拍賣權

五　受寄物之拍賣權　倉庫寄託契約終止後。寄託人或倉單所有人拒絕移去或不能移去寄託物者。倉庫營業人得定相當期限。請求於期限內移去寄託物。逾期不移去者。倉庫營業人得拍賣寄託物。由拍賣代價中。扣去拍賣費用及保管費用。并應以餘額。交付於應得之人。（六二一條）所以使得拍賣者。蓋以免除保管責任。所以使得扣去拍賣費用者。以其爲共益費用也。所以使得扣去保管費用者。乃使有優先受償權也。至於拍賣之寄託物。本爲寄託人或倉單持有人之所有物。拍賣代價扣除之餘額。自應交還之。其定爲應得之人者。蓋以此外或有質權人也。

第五節　倉庫營業人之義務

保管義務

一　受託物之保管義務　倉庫營業人既以堆藏及保管物品爲營業。故保管受寄物。自爲倉庫營業人之主要義務。【註一】玆更述其要點於左。

【註一】 考德商規定倉庫營業人關於物品之受領保管保險各項。準用行紀之規定。（德商四一七條一項）瑞債亦規定倉庫營業人其保管物品義務。與行紀相同。（瑞債四八三條）至於我民。則僅準用寄託之規定而已。

保管之賠償責任

1　保管之注意程度　倉庫營業人。應以相當之注意。按倉庫寄託契約。履行其義務。倘關於保管。欠缺注意。致受寄物有滅失毀損情事。卽屬違反保管義務。應負損害賠償之責。其注意程度若何。以倉庫營業人擔任保管。必受報酬。自應以善良管理人之注意爲之。（六一四條五九〇條後段）故在我民法。倉庫寄託之保管責任。與有償寄託無異。惟考德、日商法。因倉庫寄託。乃以保管爲專業。應加重責任。均另有特別責任之規定矣。【註二】

倉庫寄託之保管責任與有償寄託相同

德日商法

【註二】 日商三七六條。規定倉庫營業人非證明自己或其使用人關於保管受寄物。幷未怠於注意

所定特別責任

。則對於滅失毀損。不得免損害賠償之責。據此規定。其加重之點有二。（一）使用人怠於注意時。無論自己選任是否得當，監督是否週到。即無論自己有無過失。均應負責。此則與日民法上必須自己用人不當。監督不週。對於使用人之行爲。始負責任者異矣。（二）舉證責任之移轉。即果否有怠於注意情事。不由請求賠償之人負責證明。而改由倉庫營業人負舉證責任也。德商亦規定倉庫營業人。關於保管物品。負滅失毀損之責。但滅失毀損。出於以普通商人之注意不能防止之事由者。不在此限。（德商四一七條一項三九〇條一項）據此規定。德商係以雖盡普通商人之注意。仍不能防止爲免責要件。故果否有怠於注意情事。自應由倉庫營業人負舉證之責。此點加重。與日商同。至使用人之過失。因德民第二七八條。規定視同自己之過失。倉庫營業人當然負其責任。亦與日商相同。我民法未倣德商。加重倉庫營業人之責任。由立法論言之。似有未當。

保管之專屬

2　保管之專屬　倉庫營業人應自己保管其受寄物。必須有例外情事。始得使第三人代爲保管。此乃準用第五九二條及第五九三條之規定。至於倉庫營業人自己保管時。得使用第三人。以爲單純補助人。自不待言。並就該補助人之行爲。應

與自己之行動。負同一責任。（民二二四條德二七八條參照）

保管期間

3 保管期間　倉庫營業人保管受託物之期間。多依契約定之。並應記載於倉單。（六一六條一項五款）其約定保管期間時。在所定保管期間屆滿前。不得請求移去寄託物。（六一九條一項）此爲第五九八條二項之特別規定。即第五九八條二項規定非有不得已事由之文句。而第六一九條一項則否。故在通常寄託。其保管期間屆滿前。受寄人如有不得已情事。有請求移去之權利。但在倉庫寄託。其約定期間屆滿前。雖有不得已情事。仍應繼續保管，不得請求移去是也。【註三】

保管期間未經約定者。自爲保管時起經過六個月。倉庫營業人得隨時請求移去寄託物。但應於一個月前通知。（六一九條二項）【註四】此爲第五九八條一項之特別規定。蓋在普通寄託。未定返還期間者。受寄人得隨時返還於寄託人。但在倉庫寄託。則不得隨時請求移去。必須自保管時起。已經過六個月後。始得隨時請求移去寄託物。其請求移去時。並應於一個月前。預行通知。

倉庫寄託。所以設上述二種特別規定者。蓋以防杜另索高額保管費。或恐致廉價拋棄貨物也。

【註三】瑞債第四八六條一項但書。規定縱令在通常受寄人因不能預見事由。於約定期間屆滿前。有請求返還權利時。而倉庫營業人仍負保管之義務。此則明白規定矣。

【註四】日商規定未約定保管期間者。須自入庫時起經過六個月後。倉庫營業人始得請求返還。（日商三七八條）德商則規定須經過三個月後。倉庫營業人始得請求移去。（德商四二二條一項前段）

返還義務

二　受寄物之返還義務　倉庫營業人既爲他人堆藏及保管物品。自應有返還之義務。茲更述其要點於左。

返還之時期

1　返還之時期。據上所述。在約定保管期間者。須期間屆滿後。又在未約定保管期間者。須自爲保管時起已經過六個月後。倉庫營業人始得請求移去寄託物。以返還其物品。但就寄託人或倉單持有人方面言之。無論曾否約定保管期間。寄

託人或倉單持有人。得隨時請求返還。（六一四條 五九七條）

受返還之人

2　受返還之人　在未填發倉單者。應向寄託人返還之。在已填發倉單者。則應向倉單持有人返還之。【註五】

【註五】　瑞債四八六條二項。明定發行商品證券（即倉單之類）時。其物品僅應向證券上之權利人返還。

返還之物體

3　返還之物體　在各別倉庫寄託。應返還原所受領之原物。在混藏倉庫寄託。應就混合之共有物中。按各該應有部分。以爲返還。非必即爲原所受領之原物。至於數量倉庫寄託。則僅返還同種、同質、同量之物。蓋以準用消費寄託之規定也。

異狀之通知義務

三　受寄物發生異狀之通知義務　瑞債規定商品發生變化。認爲宜取特別手段時。倉庫營業人務須通知寄託人。（瑞債四八三條二項）德商規定受寄物發生變化有減少價格之虞時。倉庫營業人須從速通知寄託人。若怠於通知。則倉庫營業人應負賠償損害之責

。（德商四一七條二項）學者以發生異狀之通知義務稱焉。我民法雖無此明文。然就負善良管理人之注意責任及商業習慣言之。亦應解爲負同一之義務。

許爲檢點或摘取樣本之義務

四　許爲檢點或摘取樣本之義務　倉庫營業人。因寄託人或倉單持有人之請求。應許其檢點寄託物。或摘取樣本。（六二〇條德商四一八條瑞債四八三條日商三七五條）【註六】許其檢點者。使得查悉寄託物之情況也。許其摘取樣本者。使其商議出賣或出質之時。得以樣本相示也。

【註六】　德商四一七條二項日商三七五條。於許爲檢點或摘取樣本之義務外。更規定許爲保存必要處分之義務。蓋使得爲保存必要處分。以防止寄託物之滅失毀損也。

倉單之交付義務

五　倉單之交付義務　此項義務。前經述明。茲不再贅。

第十七章　運送營業（六二二條以下德商四二五條以下瑞債四四〇條以下日商三三一條以下法商一〇三條以下）

第一節　總說

運送營業之利益及分類

一　運送營業之利益及分類　運送營業。乃擔任輸送之所。其補助買賣業之作用。甚爲重要。蓋交易範圍。既趨遼闊。則貨物搬運。旅客往來。書信傳遞。日益頻繁。而運送營業。遂因以興。故廣義運送營業。得分物品運送、旅客運送、通信運送三種。又運送營業。因運送之途逕。更得分爲陸上運送、海上運送及空中運送。惟通信運送。多屬諸國營郵政事業。海上運送。在海商法中。另有規定。而空中運送。尚未發達。亦多屬諸國營。故本章所論述者。僅爲陸上之物品運送及旅客運送而已。

運送營業之法制

二　運送營業之法制　考各國法。其運送規定。雖甚紛歧。而分爲陸上運送與海上運送。則所從同。且海上運送法規。比較完備。僅奧、匈兩國商法。無海上運送之規定而已。若夫陸上運送。其法規反不及海上運送之完備。多僅就物品運送。設其規定。而旅客運送。則混在鐵路運送之中。殊少特設規定。僅我民法及日商法。就運送營業中。分別規定物品運送及旅客運送耳。

德國商法。關於陸上運送。在第三編商行爲第六章。規定物品運送。在同編第七章。規定貨物及旅客之鐵道運送。此外內水運送。則另有千八百九十五年六月十五日所頒之內水航行法。德舊商法、匈商法。亦大致相同。瑞士債務法。於第二編第十六章。規定運送契約。殆全爲陸上物品運送之規定。日本商法。於第三編第八章。規定運送營業。並分爲物品運送及旅客運送兩節。法國商法。於第一編第六卷第四章。規定運送人事項。而其民法中。亦有運送規定。意國法規。略同法國。至於英國。其所謂運送人。(Common Carrier)係指物品運送人而言。若夫僅營旅客運送者。在該國判例。多不謂爲運送人。我國將運送營業。規定於民法中。係倣瑞債。而物品運送及旅客運送。並分別規定。則倣日商。

第二節　運送人之意義

運送人云者。謂以運送物品或旅客爲營業。而受運費之人也。(六二二條瑞債四四〇條並參照德商四二五)

條日商三三一條）分晰言之。

運送人須約爲運送

一　運送人在爲運送　運送人者。爲運送者也。運送維何。乃使物品或旅客。自某處移至他處之作用是已。所謂爲運送者。言與他人締結運送契約。而擔任運送也。故須爲他人運送者。始得謂爲運送人。若自備運送器具。運送自己貨物者。雖所爲係運送行爲。但不得稱爲運送人。

運送人必須約爲運送。故僅約供運送器具或運送人夫者。此則爲租賃、僱傭、承攬等契約。例如馬車行汽車行。不得稱爲運送人是。再運送人苟約爲運送。其運送器具。無論自己所有。或租自他人。則非所問。

運送依運送器具之種類。得分爲船舶運送、鐵路運送、車馬運送、人力運送數種。惟鐵路運送。無論何國。不問國營私營。均有特別法規。僅私法的事項發生。而特別法無規定者。始適用運送營業之規定。又在人力運送。其單純之搬運勞工。亦非茲所謂運送人也。

何謂物品

何謂旅客

運送人乃在陸上爲運送

二　運送人乃運送物品或旅客　運送人者。乃運送物品或旅客者也。故依運送之標的。得分爲物品運送與旅客運送二種。

物品維何。凡一切動產可供輸送者是已。有無價格。是否商品。均非所問。雖軍用器獸類。甚至屍體。亦得爲物品運送之標的。惟必限於有體物。故電報電話之通信。均非運送。電報通信。乃一種承攬契約。而電話之通信。則近於租賃與僱傭之混合契約。至於書函通信之輸送。固爲一種物品運送。惟近世各國。皆以爲郵政業。屬於官營。設有特別法規。

旅客維何。卽被運送之自然人是已。夫旅客固多爲運送人之相對人。自與運送人締結運送契約。然亦有自不結約。而由他人締結者。例如父母攜帶之幼童。亦不失爲旅客是。

三　運送人乃在陸上爲運送　德商規定運送人係在陸上河川或其他內海爲運送。（德商四二五條）日商亦規定運送人係在陸上湖川或港灣爲運送。（日商三三一條）我民法第六二二條

規定運送人之意義。雖如瑞士債務法。並無陸上等字樣。（瑞債四四〇條參照）然海上運送。在海商中法。另有規定。是我國仍係倣德日立法例。就陸上運送與海上運送。分別規定。彰彰明甚。故我民法上運送營業。應以陸上運送爲範圍。至於海商法上所謂運送人。自民法上所謂運送人有別。

陸上運送之範圍

所謂陸上運送。並非以陸地爲限。凡內河運送【註一】地下鐵路運送。均在其內。至於空中運送。因尚無特別法規。亦可適用陸上運送之規定。惟海上運送。即海洋港灣之運送【註二】及通行海洋內河之運送。則適用海商法之規定矣。

【註一】 按我國法令。內河運送。究應適用民法上陸上運送之規定。抑應適用海商法上海上運送之規定。難免爭議。就海商法第一條及第二條言之。凡在海上航行之船舶。（即海船）及在與海相通能供海船行駛水上之船舶。而其總噸數在二十噸以上或總容積在二百擔以上者。均應適用海商法。所謂與海相通能供海船行駛之水上。指江河湖水與海相通而其水量復能行駛海船者而言。此等水上航行之船舶。本爲內河船。如適用海商法。則內河運送。亦適用海上運送之規定矣。惟司法院解

釋院字第八〇七號。謂僅能航行內河之船舶。其總噸雖超過海商法第二條第一款所示之限制。（即超過二十噸）仍不適用海商法。據此解釋。則內河船不適用海商法。而內河運送。亦不適用海上運送之規定。僅可適用陸上運送之規定矣。就法文之正確解釋言。應以第一說爲當。本書採第二說者。蓋以司法院解釋。現多遵行故也。

【註二】 海之深入陸地者謂之灣。海灣而便於停泊船舶者謂之港。要之不失爲海。日商學者。於港灣是否爲海。頗有爭執。蓋以日商陸上運送。明定在港灣經營運送者。亦爲運送人。（日商三三一條參照）而日本船舶檢查法。復認港灣爲內河航路。因有疑港灣非復海耳。但我國民法。陸上運送之規定。既未明定港灣在內。而我國船舶檢查章程。其內河船如欲航行沿海港口。須經特別指定。（船舶檢查章程三六條至三八條）則港灣之非內河航路。更益明瞭。故港灣運送。亦應適用海上運送之規定矣。

運送人須以運送爲營業

四 以運送爲營業　約爲運送者。必須以爲營業。始得謂爲運送人。既以爲營業。當然可收受運費。故偶然爲他人運送。而不以爲營業者。不得謂爲運送人。

運送契約之特質

五　運送契約之特質　當事人一方（運送人）約爲物品或旅客之運送。而他方（託運人）則約付運費之契約。斯爲運送契約。

運送契約爲諾成契約

1　運送契約爲諾成契約　運送契約爲諾成契約。殆無疑義。蓋以運送物之受領。乃契約成立後之效力。非契約成立之要件也。惟法國學者中。亦有主張爲要物契約。謂運送物若不交付。則運送契約無由成立。又德國鐵道運送契約。以運送物之交付爲其成立要件。自亦爲要物契約。

運送契約爲不要式契約

2　運送契約爲不要式契約　運送契約之成立。毋庸具備何等方式。自爲不要式契約。雖多塡發託運單、提單。然此等單據。並非契約成立之要件。乃於契約後始得據以請求交付耳。故仍爲不要式契約。

運送契約爲雙務及有償契約

3　運送契約爲雙務及有償契約　運送契約之爲雙務契約。不待說明。又因以運送爲營業之結果。並爲常有償契約。

運送契約爲有名契約

4　運送契約爲獨立之有名契約　考各國法例學說。多於民法有名契約中。擇其

約

類似。以辨所屬。大別爲三。（一）僱傭說。蓋謂運送契約。乃供給運送勞務而得報酬之契約也。然運送契約當事人。其所以注意者。實在運送之完成。而勞務之供給。不過其手段耳。故此說自不足採。（二）委任說。蓋謂運送契約。乃託運人委託處理運送事務。而運送人允爲處理之契約也。瑞債採之。（瑞債四四〇條二項）（三）承攬說。蓋謂運送契約。乃運送人約定完成運送。而託運人則約定對其完成結果。支付報酬之契約也。此爲德商日商通說。竊以運送契約。內容複雜。有勞務供給。有事務委託。有工作完成。在上述三種契約中。既未必悉能恰當。且我民法。既爲專設特種規定。則與付與一定名稱者無異。故可稱爲獨立之有名契約。卽德國新進商法學者。亦漸採獨立契約說矣。

六　運送契約之當事人。

物品運送契約之當事人

1　物品運送之當事人　其當事人有三。卽託運人、運送人、受貨人是也。託運人者。謂以自己之名。與運送人締結運送契約。委託運送之人也。託運人之締結

運送契約。僅須以自己之名。其於自己計算。抑或於他人計算。則非所問。且託運人與運送人。既同爲運送契約之當事人。彼此之間。自依運送契約。當然發生權利義務。至於受貨人。僅係指定於達到目的地後。應向交付運送物之人。原非運送契約之當事人。然受貨人依法律之規定取得權利。(六四四條參照)自亦爲物品運送之重要關係人。又受貨人受領物品之交付。僅須以自己之名而已足。其於自己計算。抑或以他人計算。亦非所問。再託運人與交貨人。非必卽異其人。常多以一人兼充。

旅客運送契約之當事人

2　旅客運送之當事人　其當事人有二。卽託運人運送人是也。其由旅客逕自結約時。旅客斯爲託運人。若由他人代結契約時。則另有託運人矣。

第三節　物品運送

第一款　物品運送之委託

運送契約之訂立

一　物品運送契約之訂立　託運人委託運送人運送貨物。必須訂立物品契約。自不待言。

運送物之交運

二　運送物之交運　物品運送契約。爲諾成契約。其契約之成立。固毋待運送物之交付。然契約成立後。以其效力。運送人卽可由託運人。受領託運物。玆更述其重要關係事項於左。

運送物之品質

1　運送物之品質　託運人應於約定或通常時期。將約定或通常品質之運送物。交由運送人受領。以便發運。否則運送人得拒絕受領。又運送物依其性質。對於人或財產。有致損害之虞者。託運人於訂立契約前。應將其性質告知運送人。怠

危險性之預告

於告知者。對於因此所致之損害。應負賠償之責。（六三一條）蓋以若預先告知危險性。則運送人得斟酌情形。或拒絕承受運送。或索取高額運費也。

運送物之包裝

2　運送物之包裝　託運人交付運送之運送物。應備製約定或相當慣行之包裝。（瑞債四四二條一項參照）否則運送人得拒絕受領。或請求修改包裝。至於運送物包皮。有易

見之瑕疵。則運送人於接收該物時。應留保異議。否則因此而喪失或毀損時。應負賠償責任。（六三五條瑞債四四二條二項三項）

託運單之意義及交付

三　託運單之交付　託運人因運送人之請求。應填給託運單。（六二四條一項德商四二六條一項日商三三二條一項）蓋託運人與運送人。訂立運送契約時。為使受貨人知悉契約之內容起見。概多作成書面。並記載其主要條項。且以受貨人為受領人。此種書面。即託運單是。託運單概由託運人於交付託運物時或先後交付於運送人。更由運送人將託運單與運送物。一併運至目的地。然後交付於受貨人。俾得據以查悉運送契約之內容。並比照單上記載。與運到物品。審查無誤。始受領運送物。此為運送界之普通習慣。故運送人請求作成託運單時。託運人必須交付也。

託運單之性質及記載事項

運送契約既為諾成契約。而託運單亦僅以契約成立後之效力。據運送人之請求。始予填發而已。故託運單之填發。並非運送契約成立之要件。而託運單。亦非運送契約書。再託運單僅用為運送之證據方法。並非有價證券。至於託運單。應記載左

列事項。並由託運人簽名。（六二四條二項德商四二六條二項日商三三二條一項）

1　託運人之姓名及住址。

2　運送物之種類、品質、數量及其包皮之種類、個數及記號。

3　目的地。

4　受貨人之姓名及住址。

5　託運單之填給地及填給之年月日。

此外如有認爲重要之事項。亦可載入。其所記載之事項。應正確完全。如記載不實。則託運人應負其責。

運送必要文件之交付

四　運送必要文件之交付　託運人對於運送人。於交付託運物外。更應交付運送上及關於稅捐警察所必要之文件。並應爲必要之說明。（六二六條德商四二七條）

第二款　提單

提單之意義

一　提單之意義　提單云者。卽運送人所交與託運人之運送物收據。而同時用作處分運送物之證劵也。蓋提單乃海上運送之載貨證劵制度。應用於陸上運送。【註一】原僅爲運送人受領運送物之收據。嗣後因運送物在運送人占有之中。若無代表之證劵。則無以處分運送物。故以提單代表運送物。而便於處分也。【註二】

【註一】　海上運送之發達。在陸上運送之前。故提單乃應用載貨證劵之制度。

【註二】　請參照第十六章第三節註一。

提單之填發

二　提單之填發　運送人因託運人之請求。應填發提單。（六二五條一項德商四四四條日商三三三條一項）故在物品運送。非必卽有提單。須運送人請求時。託運人始有填發之義務。學者或以因求證劵稱之。再運送契約。旣爲諾成契約。而提單填發之請求。亦據契約成立後之效力。故提單之填發。非運送契約成立之要件。而提單亦非運送契約書。此固與託運單無異。惟託運單僅爲運送證據方法之證書。而提單則爲證劵。【註三】又託運單須由託運人填發。而提單則由運送人填發。兩者大相逕庭矣。

【註三】關於運送之單據。各國法規。頗不一致。我民、德商、日商、均認有託運單與提單二種。法商僅認 Lettre de Voiture 一種。恰與託運單相同。然得作成複本。使運送人簽名。以供提單之用。又或將正本留存於託運人之手。供提單之用。而以謄本交付於運送人。但降及今日 Lettre de Voiture 多廢棄不用。而另代以 Récépisse。此則爲運送人簽名之收據。不過有近似提單之效用耳。至於瑞債。則在通常運送。並不認此等單據矣。

提單之特質

三　提單之特質　提單之特質。與倉單大致相同。故僅單簡說明。餘可參照前述倉單之特質。

提單爲有價證券

1　提單爲有價證券　提單乃表彰運送物之所有權。必須移轉提單。然後其權利始可移轉。（六二九條參照）而請求交付運送物。亦須以提單爲之。（六三〇條參照）是提單上權利之處分及行使。與提單之占有。已有不可分離之關係。而提單所表彰之運送所有權。又爲財產權。故提單爲有價證券。

提單爲要

2　提單爲要式證券　提單應記載左列事項。並由運送人簽名。（六二五條二項德商四四五條日商三三

式證券

（三條二項）始生提單之效力。故爲要式證券。

甲　託運人之姓名及住址。

乙　運送物之種類、品質、數量及其包皮之種類、個數及記號。

丙　目的地。

丁　受貨人之名號及住址。提單旣以記載受貨人之姓名爲要件。則無記名提單之塡發。亦所不許。

戊　運費之數額及其支付人爲託運人或爲受貨人。

己　提單之塡發地及塡發之年月日。

法定事項記載之欠缺。及法定事項以外之記載。其效果若何。與倉單無異。前經述明。玆不再贅。

提單爲物權的證券

3　提單爲物權的證券　提單亦如倉單。兼有債權的證券與物權的證券之二種效力其記載運送債權關係。並提單持有人。得據以請求交付運送物。即就此債權的

效力之方面言之。固僅爲債權的證券。然提單代表運送物所有權。其提單之交付。與運送物之交付。有同一之效力。（六二九條）就此物權的效力之方面言之。自可謂爲物權的證券。

提單之背書性

4　提單之背書性　提單縱爲記名式。仍得以背書移轉於他人。（六二八條本文）此即明定提單當然有背書之性質。學者或以當然指定證券稱之。但提單上有禁止背書之記載者。不在此限。（六二八條但書）【註四】

【註四】　何謂當然指定證券及禁止背書之效力。均請參照第十六章第三節註五至註七。

提單爲文義證券

5　提單爲文義證券　提單填發後。運送人與提單持有人間。關於運送事項。依其提單之記載。（六二七條德商四四六條日商三三四條）蓋提單因背書轉讓。輾轉流通。外表易知。實際難曉。法律爲保護善意持有人及獎勵流通起見。定爲文義證券。使善意提單持有人。對於運送人之權義。概依提單上記載文義決定之。其提單上之記載。對於當初運送契約。縱有不符。仍以提單上記載文義爲準。故運送人在提單上。爲不

善意持有人與運送人間以提單上文義爲準

實記載時。即如未受領運送物而塡發提單。（即空頭提單）或所記載運送物之種類、品質、數額等項。與實際受領者不符時。運送人應依提單上記載之文義。負履行之債務。如履行不能。則負債務不履行之賠償責任。【註五】

託運人與運送人間以當初契約爲準

關於運送事項。在運送人與提單持有人間。固應依提單上記載文義決定之。但在運送人與託運人間。則仍依當初運送契約決定之。蓋以原係直接當事人故也。

【註五】 詳細論述。請參照第十六章第三節內倉單爲文義證券之說明及其註十。

提單爲交換證券

6 提單爲交換證券 凡塡發提單時。必須向運送人提示提單。並以與運送物相交換。始得請求運送物之交付。（六三〇條日商三四四條參照）故據提單請求交付運送物者。必須爲提單持有人。即在禁止背書之提單。（即指名證券）以所載受貨人爲持有人。在以背書轉讓之提單。以其最後被背書人爲持有人。在選擇無記名式提單。其正當占有人。斯爲持有人。

第三款　運送人之義務

運送事項爲受領運送保管交付四種

物品運送人。依運送契約之所定。對於託運人。負有義務。故運送人之義務。多爲託運人之權利也。運送人之義務。重在運送之履行。而運送事項。大別爲四。受領、運送、保管、交付是也。受領云者。即自託運人受領運送物也。運送云者。即實行運送行爲也。保管云者。即自運送物之受領時起至交付時止。應負保管之責也。交付云者。即交付運送物於受貨人也。

按時運送之義務

一　按時運送之義務　運送人對於託運物品。應於約定期間內運送之。無約定者。依習慣。無約定亦無習慣者。應於相當期間內爲之。所謂相當期間。應顧及各該運送之特殊情形。分別定之。（六三二條德商四二八條）此即按時運送之義務。若有遲延。則應負遲到之責任。（六三四條參照）

依從指示

二　依從指示之義務　運送人處理運送。應依託運人之指示。非有急迫之情事。並

之義務

可推定託運人若知有此情事。亦允許變更其指示者。不得變更託運人之指示。（六三條）若不具備上述條件。而變更指示。即爲不依債務之本旨。應負損害賠償之責。

運到之通知義務

三　運到之通知義務　運送人於運送物達到目的地時。應即通知受貨人。（六四三條）俾得悉業已運到。並請求交付也。（六四四條參照）

許爲中止返還等處分之義務

四　許爲中止返還等處分之義務　運送物交由運送人運送之後。託運人對於運送人。得請求中止運送。【註一】返還運送品。【註二】或爲其他處分。【註三】如已塡發提單者。則唯提單持有人。對於運送人得請求之。而託運人之處分權。斯被剝奪矣。（六四二條一項後段）在託運人或倉單持有人。請求中止返還或爲其他處分時。運送人應有依從其請求之義務。惟亦得請求已運送部分之運費。及因處分所生之費用。如有損害。並得請求賠償。（六四二條二項）蓋以此等處分。乃圖託運人或提單持有人之利益也。

託運人處分權之行使時期及其喪失

託運人之上述處分權。須在運送人未將運送物之達到通知受貨人前。或受貨人於運送物達到後。尚未請求交付運送物前。始得行使之。（六四二條一項前段）故運送物達到目

的地。其運送人已通知受貨人後。或雖未通知。而受貨人已請求交付後。託運人即喪失處分權。不得再行請求。蓋以受貨人請求交付後。業已取得因運送契約所生之權利。（六四四條參照）託運人之處分權。自不宜存續。又運送人向受貨人已爲運到之通知時。若猶許託運人處分。則受貨人或致受意外之損害。託運人之處分權。亦不宜存續。故在此二種情形。均使喪失處分權。至於提單持有人。其喪失處分權之情形。在我民法。雖與託運人併行規定。但提單持有人。多即爲受貨人。縱令另有受貨人。既未占有提單。亦無由行使權利。（六三〇條參照）故提單持有人之處分權。似毋庸規定喪失。

【註一】中止運送之請求。必在運送開始之後終結之前。託運人所以請求中止運送之情形。例如運往出賣。嗣經探悉貨價低落。中止運往。又如運交買受人。嗣因買受人破產。不欲交付。中止運送。又如運往贈與。嗣因撤銷贈與。中止運送。又如旅行時。先運行李。嗣因旅行作罷。中止運送是。凡中止運送時。必同時或以後指示善後辦法。此即所以有返還或其他處分也。

【註二】返還云者。交還運送物於託運人之謂也。其返還有於託運地者。亦有於中止地者●

【註三】其他處分。例如委託變賣。寄存倉庫。或變更受貨人是。

必要注意或處置之義務

五　必要注意或處置之義務　運送人於變更指示、請求指示、運送物之寄存拍賣、受領權之歸屬訴訟時。或有其他情形。足以妨礙或遲延運送。或危害運送物之安全時。運送人爲保護運送物所有人之利益。應爲必要之注意及處置。若運送人怠於此項之注意及處置。則對於因此所致之損害。應負責任。（六四一條）

提單之塡發義務

六　提單之塡發義務　運送人應因託運人之請求。塡發提單。（六二五條一項）前經述明。茲不再贅。

第四款　運送人之責任

我民採通常事變責任主義

各立法例。爲保護運送物所有人、及增加運送營業信用起見。均使運送人關於運送物之喪失、毀損、或遲到。負重大責任。我民法之規定亦同。惟倣法意民商法。

採通常事變責任主義。較諸德日諸國所採不注意責任主義。更嚴重矣。【註一】

各立法例之主義

【註一】　關於運送人責任之主義。各立法例。輕重不一。在羅馬法。其初最爲嚴重。採領受責任主義。（亦稱爲絕對責任主義）凡所受領之物品。即有返還之義務。嗣經減輕。運送人如證明物品之喪失毀損。出於物品本來瑕疵、自然消耗、或託運人之過失者。始得免其責任。即使運送人對於不可抗力以外通常事變。均負責任。而所得免責之事項。並使負舉證之責。學者或以通常事變責任主義稱之。此種主義。凡繼受羅馬法者。咸均採用。如法民第一七八四條及意民一六三一條。規定海陸運送人。對於運送物之喪失或毀損。須證明出於不可抗力者。始不負責。又法商第一〇三條第一〇四條意商第四〇〇條第四〇三條二項。規定運送人對於運送物之喪失毀損或遲到。如證明出於不可抗力者。免其責任。此外德日舊商法以及英美國法。均亦略同。運送人之責任。仍猶嚴重。夫曩昔運送人之責任所以甚重者。蓋所擔承。似同保險。且多弊端。無由監視故也。然自保險業發達以來。運送人已毋庸負保險之實。若強使負擔。勢必增高運費。反不利於託運人。且商業道德進步。弊端亦復減少。運送人之責任。毋庸再如昔時之嚴重。是以德日新商法及瑞士債務法。均改採不

注意責任主義。如德商四二九條一項。規定運送人自運送物受領時起迄交付時止。因其間喪失毀損或遲到所生之損害。負其責任。但喪失毀損或遲到。係出於以通常運送人之注意不能避免之事由者。不在此限。德商四三一條。規定運送人關於使用人之過失及運送實行之際其他所使役人之過失。與自己之過失。負同一責任。日商三三七條。規定運送人非證明自己或運送承攬人又或其使用人及其他因運送使用者。關於運送品之受領交付保管及運送。並未怠意。則對於運送物之滅失毀損或遲到。不得免損害賠償之責。瑞債四四七條一項。規定運送物紛失或滅失時。非證明其紛失或滅失。係因貨物之性質。或因託運人或受貨人之過失或指示。又或因雖以通常運送人之注意。仍不能避免之事由者。須就價額全部。負賠償責任。此數規定。皆以未怠於注意爲免責要件。且自負證明之責。運送人之責任。雖仍重大。然須有過失。始負責任。較諸通常事變責任主義。不問自己有無過失。均須負責者。則頗爲寬大矣。至於我民法第六三四條之規定。與法意兩國法。大致相同。故謂爲採通常事變責任主義。

重大責任

一　重大責任之規定　運送人對於運送物之喪失毀損或遲到。應負責任。縱令因其

之規定

僱用人或其所委託為運送之人有過失而致者。亦應負責。但運送人能證明其喪失毀損或遲到。係因不可抗力。或因運送物之性質。此因託運人或受貨人之過失而致者。不在此限。（六三四條六三六條）分晰言之。

負重大責任之損害事項

1　負重大責任之損害事項　運送人依此項重大責任。所應賠償之損害。須為因下列事項而生者。即（一）運送物之喪失。所謂喪失。不僅物質的滅失。（如燒燬沉沒等是）而喪失占有。（如紛失被竊等）亦在其中。（二）運送物之毀損。所謂毀損。僅言物質的毀損。若經濟的。（如價格低落）不在其中。（三）運送物之遲到。所謂遲到。言未能於正當時期而交付運送物也。此外因其他事項所生之損害。則運送人僅依通常債務不履行或侵權行為之規定。負其責任。不復適用此項重大責任之規定矣。

責任加重之點

2　負責範圍之加重　運送人之責任。所以稱為重大責任者。蓋以我民法對於運送人所負責任之範圍。較諸通常債務。實行加重也。茲就其範圍加重之點言之。

通常事變

甲　通常事變之負責　運送人對於運送物之喪失毀損或遲到。應負責任。（六三

之負責

四條本文）按通常債務人之履行債務。僅就自己故意過失。負其責任。（二三〇條參照）若不可抗力外之通常事變。則不負責。但在運送人。苟有上述三種事項所生損害。除因不可抗力或其免責事項外。均應負責任。是雖無故意過失。仍由運送人負責。其對通常事變。亦負責任。彰彰明甚。殆與場所主人之責任。大致相同矣。（本書第十五章第五節參照）

使用人過失之負責

乙　使用人過失之負責　運送物因運送人之僱用人或其所委託爲運送之人有過失。而致喪失毀損或遲到者。運送人應負責任。（六三六條鐵商三三一條）所謂僱用人。言運送人因實行運送所僱用人之人。例如夥友押運搬運夫役之類。其常時僱用。或臨時僱用。均非所問。恰與第二二四條所謂使用人相當。所謂委託爲運送之人。言受運送人之委託。代理實行運送之人。如次運送人。中間承攬運送人之類。【註二】恰與第二二四條所謂代理人相當。故我民法第六三六條。不過應用第二二四條之規定。運送人關於履行運送債務。使用他人補助時。對其補助人

過失所生損害。亦應負賠償責任耳。是以在我民法。尚不得謂爲特別加重。〔註三〕

〔註二〕何謂次運送人。請參照本章第三節第七款。所謂中間承攬運送人。即運送人因辦理運送銜接及代收轉交等事件。所委託之承攬運送人也。

〔註三〕按個人主義的民法時代。係採自己責任之原則。即對於自己過失。始負責任。若對於他人過失。則不負責。故債務人履行債務使用他人補助時。必須自己用人不當。監督不週。即自己有過失者。始負責任。但補助人多無資力。雖自負責。不易生效。被害之人。雖受賠償。揆諸今日交易狀況。殊不相宜。是以我民倣瑞債德民。均使債務人關於履行債務使用他人補助時。對其補助人過失所生損害。須負賠償責任。更擴爲一般規定（我民二二四條瑞債一〇一條德民二七八條）雖無第六三六條之規定。而適用第二二四條之規定。其結果亦同。故不得謂爲特別加重。

免責事項

3　免責事項　運送人對於運送物之喪失毀損或遲到。固應負責任。但因不可抗力所致者。（例如天災地變強盜掠奪官署徵用等是）此乃外部事變。不屬於業務範圍。縱令以通常必要

之預防方法。仍不能防止其發生。若猶負責。未免過刻。再因運送物之性質所致者。（例如自然之破裂溶解或乾枯等是）本應由運送物所有人自己擔負損害。又因託運人或受貨人之過失所致者。（例如指示失當是）本應由行爲人自負其責。故均使運送人免其賠償責任。（六三四條但書）至於因包皮瑕疵所生之喪失或毀損。固出於託運人之過失。原則上亦得免責。惟運送人若於接收運送物時。對於包皮易見之瑕疵。未保留異議者。仍應負賠償責任。（六三五條）

免責事項之舉證責任

4　免責事項之舉證責任　運送人必須有不可抗力及其他免責事項。始得免負賠償責任。否則無論有無過失。均應負責。故此等事項。爲免責要件。在運送人自應負舉證責任。我民法明定必須證明。始能免責者。蓋以此也。（六三四條但書）故運送人能否免責。以自己能否證明爲準。即舉證責任。不在請求賠償之被害人。而在受請求之運送人。此乃普通舉證責任原則之例外。蓋以加重運送人之責任也。惟運送物果否有喪失毀損或遲到等情事。仍由請求賠償之被害人。負舉證責任。

自不待言。

據上所述。運送人關於負責範圍之加重及免責事項之證明兩點。較諸通常債務人之責任。實屬增重。故稱爲運送人之重大責任。

賠償額之標準

二　損害賠償額之標準　運送人依上述重大責任之規定。負損害賠償責任時。其賠償額之範圍。應如何裁定。其標準有二。卽依限定標準及一般標準是也。

限定標準

1　限定標準　運送物有喪失、毀損、或遲到者。其損害賠償額。應依其應交付時目的地之價値計算之。（六三八條一項德四三〇條一項本文日商三四〇條一項二項）申言之。卽全部喪失時。以應交付時目的地價値所估計之數額。斯爲賠償額。若一部喪失或毀損時。應以應交付時目的地之價値。先估計全部値額或未毀損價額。再扣除交付時目的地殘餘物品價額或已毀損之價額。其所得數額。斯爲賠償額。至於遲到時。應自以應交付時目的地價値所估計之價額中。扣除交付時目的地之價額。其所得數額。斯爲賠償額。惟計算賠償額時。運費及其他費用。（如關稅之類是）因運送物喪失毀損。無須

支付者。應由賠償額中扣除之。（六三八條二項德商四三〇條但書日商三四〇條三項）蓋無須支付之費用。既未支付。本無損害。不應賠償。而計算所得之賠償額中。實含有此等費用。【註四】故須扣除之。再因遲到之損害賠償額。不得超過因其運送物全部喪失可得請求之賠償額。（六四〇條）

按損害賠償之範圍。依一般標準。無論積極的損害（即所受損害）或消極的損害。（即所失利益）均應賠償。（二一六條參照）茲則規定依運送物應交付時目的地之價值。計算賠償額。是所應賠償之損害。僅限於積極的損害。而不及於消極的損害。是以謂為限定標準。蓋因運送人之責任。既如斯重大。故法律特限定損害賠償之數額。用資緩和。而保護運送人也。

【註四】　賠償額之計算。係依運送物應交付時目的地之價值。而此項價值。則由原價、運費、關稅及其他費用並利益所構成。故賠償額中實含有運費關稅及其他費用。

一般標準

2　一般標準　運送物之喪失毀損或遲到。係因運送人之故意或重大過失所致者

。如有其他損害。託運人並得請求賠償。（六三八條三項德商四三〇條二項日商三四一條）蓋運送人之損害賠償額。所以特加限定者。乃以保護運送人。若有故意或重大過失。則無保護之必要。故仍使一般標準。負賠償一切損害之責。即託運人除依限定標準所計算之損害外。如尚有其他損害。並得請求賠償是也。

重大責任之短期消滅

三　重大責任之短期消滅　運送人之責任。旣如斯重大。故法律特使於短期消滅。用資緩和。而保護運送人。茲分述於左。

即時消滅

1　即時消滅　受貨人受領運送物。並支付運費及其他費用。不爲保留者。運送人之責任消滅。（六四八條一項德商四三八條一項瑞債四五二條一項本文日商三四八條一項本文）蓋受貨人既無異議。則可視爲運送之完成。不得復詰責運送人矣。至於受貨人雖受領運送物並支付運費等費用。而曾保留異議時。及或運送物內部有不易發見之喪失或毀損。而受貨人於受領運送物後十日內。已將其喪失或毀損通知於運送人時。則運送人之責任。不得即時消滅。（六四八條二項德商四三八條二項瑞債四五二條二項日商三四八條一項但書）但在運送物內部有不易發見喪失或毀損

之情形。受貨人於受領後十日內。未向運送人發送通知者。運送人之責任。仍卽時消滅。此就第六四八條二項之反面解釋。當然如此也。

卽時消滅之規定。爲以保護運送人。若運送人於交付運送物時。以詐術隱蔽運送物之喪失或毀損。又或運送物之喪失或毀損。係因運送人之故意或重大過失所致者。則無保護之必要。故規定運送人不得主張卽時消滅之利益。(六四八條三項德商四三八條四項日商三四八條二項)

2 二年時效　關於物品如因喪失毀損或遲延所生賠償請求權。自運送終了或應終了之時起。二年間不行使而消滅。(六二三條德商四三九條四一四條一項瑞債四五四條一項日商三四九條三二八條三項)【註五】

二年時效

蓋運送人之責任甚爲重大。若負責期久。未免過刻。故法律爲緩和起見。除具備卽時消滅條件。使卽時消滅外。更規定對於運送人之此項請求權。如二年間不行使。卽行消滅。使運送人之責任。經過二年。卽因時效而消滅。此項短期時效。在毀損遲延或一部喪失等情形。自運送終了之時起算。若在全部喪失。則自運送

應終了之時起算。

在德日商法及瑞士債務法。均規定運送人有故意或重大過失時。其重大責任。不適用短期時效之規定。（德商四三九條四一四條三項後段日商三四九條三二八條三項）使仍依通常時效而消滅。蓋以短期時效。乃保護運送人之規定。若有故意或重大過失。自無保護之必要。我民法雖無此項文。然就第六三八條及第六四八條之精神類推解釋。亦應相同。

【註五】 德日法商及瑞債。均規定短期時效爲一年。

免責文句之效力

四　免責文句之效力　運送人之責任。旣如斯重大。故運送人爲減免責任起見。時有在訂立運送契約之初。與託運人附訂特約。以免除或限制其責任。此項免責文句。其效力若何。在各國立法例。因無明文規定。易生爭議。是以我民法第六四九條。明定運送人交與託運人之提單或其他文件上。有免除或限制運送人責任之記載者。除能證明託運人對於其責任之免除或限制。明示同意外。不生效力。據此規定。其生效要件有二。即（一）須記載於提單或其他運送人交與託運人之文件上。若口

頭約定。則無由生效。（二）雖有上述文件之記載。尙須運送人能證明託運人曾明示同意。始得生效。蓋以運送人旣享受此項文句之利益。自應負舉證之責也。免責文句。若不具備此二種要件。則絕不生效。至於故意或重大過失之免責文句。雖具備此二種要件。仍不生效。蓋以我民法第二二二條。爲強行規定。不得變更也。

貴重物品之責任

五　貴重物品之責任　運送物爲金錢、有價證券、珠寶或其他貴重物品時。必須託運人於託運之初。報明其性質及價值者。運送人對其喪失或毀損。始負損害賠償責任。若不報明。則不負責。（六三九條一項德商四四七條二項瑞債四四一條一項後段二項日商三三八條）蓋貴重物品。易招危險。應特別注意。若不報明。無由知曉。何從特別注意。故所生損害。自不負責。再價值經報明者。運送人亦僅以所報價額爲限。負賠償責任。（六三九條二項）蓋恐匿報價值。且所報不實。運送人亦無從爲適當之注意。故規定賠償額。以所報價額爲限。

第五款　受貨人之權利義務

受貨人之意義

一 受貨人之意義 受貨人之意義。有廣狹之別。託運人指定於達到目的地後。應向交付運送物之人。斯爲狹義受貨人。惟填發提單時。其提單上記載之受貨人。或依背書轉讓提單時。其最後被背書人。凡可認爲具有受領運送物權利之人。均稱爲受貨人。不以狹義受貨人爲限者。此則爲廣義受貨人。

受貨人之權利

二 受貨人之權利 受貨人原非運送契約之當事人。自不得依運送契約。當然取得權利。然法律以係重要關係人。特設規定。使取得權利。即運送物達到目的地。並經受貨人請求交付後。受貨人取得託運人因運送契約所生之權利。（六四四條德商四三五條一項前段日商三四三條一項）而運送人對於受貨人。亦因此負其義務矣。據上規定。受貨人取得託運人因運送契約所生之權利。必須具備二種要件。即（一）運送物須已達到目的地。故運送物尚未達到。或已全部喪失時。無由取得權利。（二）須經受貨人請求交付。故曾填發提單時。其未持有提單之受貨人。亦無由取得權利。蓋以未持有提單。即不得請求交付也。苟具備此二種要件。受貨人即取得權利。至於運到通知。雖爲運送

人之義務。此乃便於受貨人之請求交付。固不以爲取得權利之要件。

受貨人取得權利之根據

受貨人所以取得權利。其法理上根據何在。頗有爭議。大別爲六。（一）代理說。或謂託運人乃以受貨人之代理人或受任人資格。訂立契約。然未免主客顚倒。或謂受貨人乃託運人之代理人或推定代理人。然受貨人之行使權利。係以自己之名。觀念兩相不符。（二）無因管理說。謂受貨人爲管理人。然受貨人之行使權利。並非圖託運人之利益。與無因管理之性質。未免不符。（三）新契約說。謂受貨人與運送人間。另生新契約。以交付爲要約。以受領爲承諾。然受貨人之取得權利。在請求交付之時。不必待至受領。此說未免誤謬。（四）轉讓說。謂託運人將自己之權利。轉讓於受貨人。苟運送物達到目的地。即視同轉讓。然運送物雖達到目的地。在運送人未爲運到通知或受貨人未請求交付以前。託運人仍有處分權。（六四二條參照）斯則與因達到而轉讓。顯相矛盾。（五）第三人契約說。謂託運人乃以契約訂定使運送人向受貨人交付運送物。（二六九條參照）此爲德國商法學者之多數說。然受貨人之取

得權利。係在受貨人請求交付之時。不在託運人訂立契約之日。未免不符。（六）法律規定說。謂受貨人之取得權利。係因法律特設規定。使取得權利。既非讓受託運人之權利。亦非出於託運人之契約。竊以此說爲當。本書亦採之。

運到前之權利

1　運送物運到前之權利　在此情形。其塡發提單時與未塡發提單時。各不相同。

甲　塡發提單時　提單持有人。斯爲受貨人。在運送物未達到目的地以前。即有請求中止運送返還運送物及爲其他處分之權。（六四二條一項參照）此項處分權。與託運人同。

乙　未塡發提單時　託運人指定於達到目的地後。應向交付運送物之人。斯爲受貨人。在德商法規定受貨人於運送物達到目的地前。對於運送人。因保全運送物。得爲一切必要處分。（例如因運送人有不妥當情事、得向法院聲請扣押運送物是、）且因保全之目的。得爲必要之指示。（例如託請修補或改造包皮是）是受貨人於運送物未達到目的地以前。在保全範

圍之內。亦有相當之處分及指示權。（德商四三四條前段）但在我民法。因無此項明文。自不得採取同一解釋。由顧全受貨人之利益言之。宜倣德例。又德商法規定運送物未達到目的地前。非經託運人委託運送人交付。則受貨人不得請求交付。（德商四三四條後段）我民法關於此點。雖亦無明文。但就託運人之處分權言之。如託運人指示運送人提前交付時。受貨人自亦得請求交付也。（六四二條一項參照）

運到後之權利

2　運送物運到後之權利　在此情形。應就塡發提單時與未塡發提單時。分別述之。

甲　塡發提單時　提單持有人卽受貨人。自取得提單時。卽取得證券上權利。而託運人之處分權。且因此剝奪。故無論運到前運到後。提單持有人。均得向運送人。提示提單。以行使處分權。（六四二條一項六三〇條參照）

乙　未塡發提單時　運送物達到目的地時。在運送人未爲運到通知或受貨人未請求交付以前。託運人尚有處分權。得自由變更受貨人。或請求返還運送物。

（六四二條項參照）必須更經受貨人請求交付。受貨人始取得權利。（六四四條參照）而託運人之處分權。亦始因此喪失。嗣後僅受貨人享有處分權。託運人已不得再有所處分。故嗣後運送人。僅因依從受貨人之指示。並僅應向受貨人。履行債務。但受貨人取得權利後。託運人僅消滅處分權而已。其餘權利。向與受貨人之權利併行存在。故託運人向得催促運送人。向受貨人速交運送物。又不妨代受貨人請求損害賠償。若受貨人拋棄權利。或因其他事由喪失權利時。則託運人之處分權。更得回復原狀。

受貨人之義務

二　受貨人之義務　受貨人原非運送契約之當事人。依運送契約。原不負何等義務。第六四四條。亦僅規定取得權利。然受貨人受領運送物時。既因他人勞務。享受利益。自應負支付運費。以資報酬。且第六四七條一項。規定運送人關於運費及其他費用。對於運送物有留置權。受貨人若不支付。則運送人必扣留運送物。不予交付。況塡發提單時。其持有人更應依提單上記載文義。負支付運費之義務。故我民

法雖無明文。【註一】亦應解爲受貨人受領運送物時。卽負支付運費及其他費用之義務。

受貨人負擔支付運費等之義務時。送貨人之此項義務。並不因而消滅。兩相併存。至其順位之先後。法無規定。運送人固得任意選擇請求。然實際上。運送物之交付。多係與運費等對交。故多先向受貨人請求也。

【註一】德商四三六條。已明定受貨人因受領運送物及託運單。對於運送人。依託運單所載。負支付運費之義務。

第六款　運送人之權利

物品運送人之權利。多係對於託運人爲之。故運送人之權利。多爲託運人之義務也。

運費請求

一　運費請求權　運送人乃以運送爲業而受運費之人。（六二二條參照）自有運費之請求權

權

。又運費乃完成運送之報酬。須於運送物業於運送完竣。始得請求。故運送物於運送中。因不可抗力而喪失者。運送人不得請求運費。其因運送而已受領之數額。應返還之。（六四五條）出於不可抗力者。向屬如此。則因運送人之過失而喪失者。自不待言。然此項原則。不無例外。即託運人或提單持有人。請求中止運送、返還運送物、或爲其他處分時。運送雖未完竣。而運送人仍得按照比例。就其已爲運送之部分。請求運費。（六四二條二項前段）又運送物因其性質、或因託運人或受貨人之過失而喪失者。運送人亦仍得請求運費。蓋運送之未完成。係出於託運人提單持有人或受貨人之行爲。故運送人仍得請求運費也。

費用償還請求權

二　費用償還請求權　運送人於運費外。如有特別報酬。墊付關稅保險費貨價。〔註一〕及其他墊付金。並關於運送物所生費用。（如修繕包皮之費用）自得請求償還。（六四七條前段參照）

〔註一〕所謂墊付貨價者。言託運人以運送物爲擔保。向運送人借用款項。或託運人將所賣貨物

。運交買受人。於發運之時。商由運送人使墊付買受人應付之貨價也。此項墊付金額。通常記載於託運單上。若不歸還。則運送人不交付運送物。

留置權

二　留置權　運送人爲保全其運費及其他費用。得受清償之必要。按其比例。對於運送物。有留置權。（六四七條一項 日商三二四條）【註二】故必須因運送物所生之運費及費用。始得留置該運送物。且非必全部扣留。僅在足相清償之範圍內。留置該運送物之相當部分而已。若關於運費及其他費用之數額。有爭執時。受貨人得將有爭執之數額提存。請求運送物之交付。（六四七條二項 瑞債四五一條一項）蓋一面使運送人之債權。有所擔保。而他面復顧及受貨人之利益也。

【註二】德商第四三四條一項。則定爲法定質權。

寄存或拍賣權

四　運送物之寄存或拍賣權　運送人固有交付運送物之義務。但受貨人若拒絕受領。或無由交付時。則運送人不能履行其交付義務。若猶永負保管責任。未免過刻。故特定第六五〇條至六五一條之規定。使得寄存或拍賣。以免除保管責任。

1　得寄存之情形　受貨人所在不明、或拒絕受領、或於受領權之歸屬有訴訟、致交付遲延時。運送人應即通知託運人。並請求其指示。如託運人之指示。不能實行。或運送人不能繼續保管運送物時。運送人得以託運人之費用。寄存運送物於倉庫。（六五〇條一項二項六五一條德商四三七條一項二項本文瑞債四四四條一項日商三四五條一項三項三四六條一項三項）

2　不能或不宜寄存時之拍賣　運送物如有不能寄存於倉庫之情形。或有腐壞之性質。或顯見其價值不足抵償運費及其他費用時。運送人得拍賣之。（六五〇條三項德商四三七條二項但書瑞債四四四條二項四四五條一項日商三四五條二項三四七條二八六條二項）其拍賣時。運送人得就拍賣代價中。扣除拍賣費用運費及其他費用。並應將其餘額。交付於應得之人。如應得之人不明者。應爲其利益提存之。（六五二條日商三四七條二八六條三項）

3　寄存或拍賣時之通知　運送人依上述規定。寄存或拍賣運送物時。應於可能之範圍內。將寄存倉庫或拍賣之事情。通知託運人及受貨人。（六五〇條四項德商四三七條三項日商三四五條三項三四六條三項）

第七款　相繼運送

相繼運送之意義及分類

一　相繼運送之意義及分類　廣義之相繼運送。共有三種。分述於左。

1　部分運送　部分運送云者。謂數運送人各自分擔運送之一部也。更別爲三。卽（一）數運送人各就運送途徑之一部。與託運人訂立運送契約。（二）前運送人完結自己所擔之運送途徑後。因受託運人之委託。以其代理人資格。與他運送人。就銜接途徑。訂立運送契約。（三）前運送人完成自己所擔之運送途徑後。因受託運人之委託。自居運送承攬人地位。以自己之名。與他運送人。就銜接途徑。訂立運送契約。在此三種情形。數運送人各就自己所擔部分。各盡運送義務。彼此之間。毫無共同關係。仍與通常單獨運送人無異。此種數運送人。稱爲部分運送人。（Teilfrachtführer）

2　受託運送　受託運送云者。謂前運送人先與託運人訂立契約。承受全部運送

。然後與他運送人訂約。使擔任運送之全部或一部也。前運送人。稱爲原運送人。(Hauptfrachtführer) 後運送人。稱爲次運送人。(Unterfrachtführer) 在此情形。次運送人。對於託運人。原無關係。自不直接負責。唯原運送人。因次運送人係自己所委託爲運送之人。就其行爲。應負責任。(六三六條參照)

3　共同運送　共同運送。亦稱爲連帶運送。謂數運送人以一張託運單。相繼承受運送也。其成立要件有二。即(一)數運送人相繼運送。(二)以一張託運單相繼運送。此項託運單。稱爲託運聯單。(Durchgehende Frachtbrief) 亦稱爲連帶託運單。(Sammtfrachtbrief) 即相繼運送時。由前運送人以託運單及運送物。一併交與後運送人。依次續爲運送是。此種運送人。稱爲共同運送人或連帶運送人。(Sammtfrachtführer) 雖就全部運送。僅各行一部。然繼前運送人之後。受領最初託運單及運送品。續爲運送之運送人。斯爲依據託運單。參加運送契約。故數運送人可謂依同一條款。共同承受全部運送也。

我民法第六三七條及六五三條。僅規定數運送人相繼運送。似上述廣義相繼運送。均可包含在內。然部分運送及受託運送。既與尋常單獨運送無異。則此項共同關係之規定。必專爲共同運送而設。且在德國商法。已明定共同運送人。始負連帶責任。（四三二條二項三項）日本商法之解釋判例亦同。（日本大審院民事判決錄一〇輯七頁以下一八輯九三頁以下）故我民法關於相繼運送之規定。亦應解爲專爲共同運送特設之特別規定。

我民相繼運送係專爲共同運送所設之規定

二　相繼運送人之連帶責任

相繼運送人之連帶責任

運送物由數運送人相繼爲運送者。除其中有能證明無前三條所規定之責任者外。對於運送物之喪失毀損或遲到。應連帶負責。此我民法第六三七條所規定也。（德商四三二條二項三項日商三三九條參照）蓋我民法所謂相繼運送。應解爲共同運送。數運送人既依同一條款。共同承受全部運送。斯爲共同債務人。本可使負連帶責任。（二七二條參照）且數運送人相繼爲運送時。運送物喪失毀損遲到等負責事項。究發生於何人運送途徑中。殊難證明。若分別負責。必互相推諉。致被害人難受賠償。故爲保護託運人（或爲提單持有人或受爲貨人）起見。使數運送人負連帶責任。苟有運送物喪失毀損

損遲到等事項。即得就數運送人。先後取捨。任意向其中一人。請求全部之損害賠償。（二七三條參照）毋庸調查發生於何人運送途徑中。而被請求之運送人。亦不得以此推諉。但其中如有能證明無第六三四條至第六三六條所規定之責任者。則仍不負責。以證明有免責事項。當然不應負責也。

我民法第六三七條乃規定共同運送人對於託運人。（提單持有人或受貨人）負連帶責任。並非規定各運送人相互間之關係。故各運送人間之求償關係。自應依一般連帶債務之規定決之。

最後運送人之代理權義

三　最後運送人之代理權義　運送物由數運送人相繼運送者。其最後之運送人。就運送人全體應得之運費及其他費用。得行使第六四七條第六五〇條及第六五二條之權利。此為我民法第六五三條所規定之代理權利。（德商四四一條參照）蓋以在通常情形。運費之支付及其他費用之償還。多係於運送物運到後交付之時。兩相對換。是以在共同運送。所有前運送人應得之運費及其他費用。亦多由最後運送人代為收取。故法

律因保全此等費用得受淸償起見。規定使最後運送人就運送人全體應得之運費及其他費用。得行使對於運送物之留置權。及拍賣運送物時。就拍賣代價中。扣除受償之權。若最後運送人不爲前運送人行使此等權利。而於受領運費及其他費用前。交付運送物者。對於其所有前運送人應得之運費及其他費用。負其責任。此又爲我民法第六四六條所規定之代理義務。（德商四四二條一項前段參照）

第四節　旅客運送

旅客運送。發達甚遲。故法律規定。亦甚單簡。【註一】玆述其梗概

【註一】　考海上旅客運送。在各國海商法中。均有規定。且認作商業。但陸上旅客運送。多混在鐵路運送之中。各國商法。殊少規定。德國商法。更規定陸上旅客運送。須有特別設備。始得認作商行爲。（德商一條五款）又法國商法。其列作商行爲之運送營業中。固包含旅客運送。但別無特設規定。又在英國法。旅客運送人。不在所謂 Common Carrier 之內。我民及日商。雖特設規定。

自成部類。然亦寥寥數條耳。

旅客運送人之義務

一　旅客運送人之義務　旅客運送人之義務。在依約定之方法與時間。以運送旅客及其行李。所謂旅客。即指其人之身體而言。至所謂行李。乃指附隨旅客共爲運送之物品也。

旅客運送人之責任

二　旅客運送人之責任　旅客運送人之責任。分爲二種。即對於旅客身體之責任。及對於旅客行李之責任是也。

對於旅客身體之責任

1　對於旅客身體之責任　我民法第六五四條。規定旅客運送人對於旅客因運送所受之傷害。及運送之遲延。應負責任。但其傷害。係因不可抗力或因旅客之過失所致者。不在此限。據此規定。旅客運送人之負責事項。爲因運送所受之傷害。及運送之遲延二種。所謂因運送所受之傷害。似係專指身體之損傷而言。但死亡及所著衣服之毀損。亦應解爲包括在內。此項傷害。以因運送所受者爲限。若與運送無關之傷害。自不在內。所謂運送遲延。言未能按照預定時間達到也。旅

客運送人。本應安全運送。並按時達到。苟因上述二種負責事項。所生之損害。即不問旅客運送人自己有無過失。及是否出於其使用人之行爲。均應由旅客運送人負損害賠償責任。唯旅客因運送所受之傷害。係因不可抗力者。猶使負責。未免過刻。又或因旅客自己之過失者。應由行爲人自負其責。【註二】必須有此等事項。旅客運送人。始得免負責任。是以此等事項。爲旅客運送人之免責要件。如欲主張免責時。對於免責事項。須負舉證責任。再不可抗力之非常事變。旅客運送人始可免責。則在通常事變。旅客運送人。仍應負責矣。故旅客運送人之責任。亦採通常事變責任主義。與物品運送人無異。

旅客運送人負損害賠償責任時。其賠償額之標準。我民法別無規定。自應由法院就被害人及其家族之情況斟酌定之。至其範圍。並未如物品運送設有限制。故無論積極的損害或消極的損害。均應包含在內。

【註二】 我民法第六五四條但書。雖僅規定旅客因運送所受傷害。係因不可抗力或因旅客之過失

所致者。旅客運送人始得免責。但在運送遲延。亦應解爲旅客運送人。得因同一免責事項而免責。

2　對於旅客行李之責任　旅客之行李。有交託旅客運送人者。有未交託運送人而由旅客自行攜帶者。故旅客運送人對於旅客行李之責任。亦因而異矣。

對於旅客行李之責任

甲　交託之行李。我民法第六五七條。規定運送人對於旅客所交託之行李。縱不另收運費。其權利義務。除本款別有規定外。適用關於物品運送之規定。故旅客運送人對於交託之行李。其所負責任。與物品運送人相同。蓋以在此情形。可謂旅客運送及物品運送。兼而有之。不得因未收運費。即免物品運送人之責任。英法德諸國通說。莫不相同。

乙　未交託之行李　我民法第六五八條。規定運送人對於旅客所未交託之行李。如因自己或其僱用人之過失。致喪失或毀損者。仍負責任。據此規定。行李喪失或毀損所生之損害。必須因旅客運送人自己或其僱用人（即其受僱人亦稱爲使用人）之過失發生者。旅客運送人。始負賠償責任。此項過失。旣爲旅客運送人之負責

要件。則旅客據以請求賠償時。自應負舉證之責。由是觀之。旅客運送人對於過失以外損害。既不賠償。而又不負舉證責任。較諸交託保管者。其責任殊屬輕減。蓋以旅客自行攜帶之行李。乃在旅客自己保管之中。並不在運送人監督之下。自非物品運送。不過旅客運送擴張範圍耳。故運送人除自己及其僱用人有過失者外。毫不負責也。

責任之短期消滅

3　責任之短期消滅　關於旅客運送。旅客因傷害或遲延所生之賠償請求權。以及旅客行李因喪失或毀損所生之賠償請求權。自運送終了或應終了之時起。二年間不行使而消滅。（六二三條並參照六五四條六五八條）蓋以旅客運送人之責任過重。遂使因短期時效而消滅也。

免責文句之效力

4　免責文句之效力　運送人交與旅客之票、收據、或其他文件上。有免除或限制運送人責任之記載者。除能證明旅客對於其責任之免除或限制明示同意外。不生效力。（六五九條）故免除或限制責任之文句。必須記載於票、收據、或其文件上。

並由運送人證明旅客明示同意。始得生效。

運費請求權

三　旅客運送人之運費請求權　旅客運送人既以運送旅客爲營業。自得收取運費。(六二二條參照)其數額固應由雙方以契約商定。然實際上多由運送人預定。又多爲前付。

行李拍賣權

四　旅客運送人之行李拍賣權　旅客之行李。及時交付運送人者。運送人應於旅客達到目的地時返還之。(六五五條)若旅客遲遲不取。使運送人長期保管。未免過刻。是以規定旅客達到後六個月內。不取回行李者。運送人得拍賣之。(六五六條一項)如行李有易於腐敗之性質者。運送人得於達到後經過四十八小時拍賣之。(六五六條二項)其拍賣所得代價。除扣除拍賣費用運費及其他費用(如保管費之類)外。並應將其餘額。交還旅客。如旅客所在不明者。應爲其利益提存之。(六五六條三項)

第十八章　承攬運送(六六〇條以下德商四〇七條以下瑞債四三九條日商三二一條以下法商九六條以下)

第一節　總說

一　承攬運送營業之必要　承攬運送。原由行紀兼辦。即行紀受託代買之際。多包代委託人辦理運送事件。將所買貨物。交由運送人運交委託人。嗣後運送發達。經營者多。委託人於運送人之選擇。甚感困難。且不明運送情形。結約易受欺罔。途中監督。亦多不便。又在長途運送。難由一人擔任全部。於運送委託人與運送人間。須有所謂承攬運送人。包辦運送事件。而承攬運送營業。遂因以生矣。迄至近世。運送營業日益發達。而承攬運送營業。亦日益進步矣。

二　承攬運送營業之法制　考各國法。關於承攬運送營業之法制。共有三種主義。即(一)爲承攬運送營業。特設專章者。德商日商匈商採之。此乃將承攬運送營業。視爲廣義行紀之一種。並使準用關於行紀之規定。我國民法。實倣此例。(二)不爲特設專章。而附加於行紀章中者。瑞債採之。此雖視爲行紀。但使適用運送之規定。(三)不爲特設專章。而附加於運送章中者。意商日舊商採之。此乃視同運送人。使適用運送之規定。法商和商比商雖獨立成章。認爲一種獨立營業。但使承

攬運送人。負運送之一切責任。實亦近似運送人矣。

第二節　承攬運送人之意義

承攬運送人者。謂以自己之名義。爲他人之計算。使運送人運送物品而受報酬爲營業之人。（六六〇條一項德商四〇七條一項日商三二一條一項瑞債四三九條）此爲承攬運送人之法定定義。分晰言之。

爲他人訂立運送契約

一　爲他人之計算使運送人運送物品　運送人在爲他人擔任運送。而承攬運送人。則在爲他人擔任選定運送人。與訂立運送契約。使運送物品。故承攬運送人。乃約爲他人承攬運送事件。（通俗稱爲包辦運送事件）而運送人則約爲他人自行運送。兩不相同。第

與運送人不同

承攬運送人有廣汎之介入權。實際上多兼營海陸運送營業。不易辨別。所謂爲他人之計算者。言承攬運送人雖與他人訂立運送契約。而其所生之利益及損失。則均歸屬於他人也。

以自己之

二　以自己之名義　承攬運送人之爲他人訂立運送契約。乃以自己之名義。夫旣以

名義

自己之名義。自與代訂運送契約之代辦商及其他代理人不同。蓋代理人乃以他人（卽本人）之名義。代他人與運送人訂立運送契約。由其契約享權利負義務者。非代理人。乃其本人。而承攬運送人。乃以自己之名義。代他人與運送人訂立運送契約。卽自居於託運人之地位。與運送人共爲運送契約之當事人。凡由其契約所生之權利義務。自享有之。自負擔之。至所代他人。（卽委託人）對於運送人。原無直接關係。旣毫不享權利。亦毫不負義務也。

所承攬者以物品運送爲限

三　物品運送之承攬　運送固有物品運送旅客運送二種。而承攬運送人爲他人承攬運送事件。則僅以物品運送爲限。並不及於旅客運送。蓋在旅客運送。程序簡易可自接洽。且本身旅行。別無監督之必要。縱令偶有承攬情事。亦僅可準用行紀之規定。故無論何國法令。均不予包含。

以爲營業

四　以爲營業　承攬物品運送事件者。必須以爲營業。始得稱爲承攬運送人。旣以爲營業。當然收受報酬。故偶爾承攬運送事件。非以爲業者。不得謂爲承攬運送人

。

行紀規定之準用

五　行紀規定之準用　承攬運送人之代他人訂立運送契約。乃以自己之名義。爲他人之計算。其承攬方法。恰與行紀人無異。所不同者。僅在所承攬之事件。兩有區別。卽行紀人在代爲動產買賣或其他商業上之交易。而承攬運送人則在代辦運送事件耳。是以承攬運送人對其委託人之關係。與行紀人對其委託人之關係。大致相同。均爲委任關係。故我民法規定承攬運送。除本節有規定外。準用關於行紀之規定（六六〇條二項德商四〇七條二項日商三二一條二項）再承攬運送人與委託人所訂之契約。通常以承攬運送契約稱之。

承攬運送契約

第三節　承攬運送人之義務

承攬運送人受他人之委託。承攬運送事件。依所訂承攬運送契約。應負義務。再承攬運送準用關於行紀之規定。因準用之關係。亦負有種種義務。茲就準用之重要

者。分述於左。

一　依從指示之義務　承攬運送人辦理所承攬之運送事件。應依從委託人之指示。如關於運送途徑、運費高低、及其他事項。有所指示時。均應依照辦理。非有急迫情事。並可推定委託人若知有此情事。亦許變更其指示者。不得變更。（六六〇條二項五七七條五三六條）

依從指示之義務

二　注意義務　承攬運送人辦理所承攬之運送事件。應以善良管理人之注意為之。（六六〇條二項五七七條五三五條後段）若怠於注意。致委託人受有損害。則承攬運送人應負賠償責任。俟於次節。再詳述之。

注意義務

三　報告義務　承攬運送人應將辦理之進行狀況。報告委託人。其辦理完竣時。並應報告顛末。（六六〇條二項五七七條五四〇條）

報告義務

四　託運物品之保管義務　委託人所交託之運送物。在承攬運送人占有中時。應以善良管理人之注意保管之。（六六〇條二項五八三條一項）承攬運送人之保管責任。既以自己占有

託運物品之保管義務

中爲限。則因運送人違反保管責任致生損害時。承攬運送人並不負責。僅將對於運送人之賠償請求權。移轉於委託人而已足。

託運物品之必要處置義務

五　託運物品之必要處置義務　委託人交託之運送物。如交到時有瑕疵。或依其物之性質易於敗壞者。承攬運送人爲保護委託人之利益。應與保護自己之利益。爲同一之處置。（六六〇條二項五八四條）

承攬運送人之權利人

六　承攬運送人之權利人　委託人與承攬運送人。同爲委託契約之當事人。對於承攬運送人。自爲其權利人。至於受貨人。因無此契約關係。自非承攬運送人之權利人。【註一】必須委託人對於受貨人。授與代理權。或指示承攬運送人使聽從受貨人之處分時。受貨人對於承攬運送人。始得享有權利。

【註一】　日商規定運送物達到目的地後。受貨人即取得委託人之權利。（日商三三〇條三四三條一項）此則受貨人亦爲承攬運送人之權利人。但我民法既無此項明文。自不得採同一解釋。

第四節　承攬運送人之責任

各立法例為保護委託人及增加承攬運送營業之信用起見。亦多使承攬運送人。關於託運物品之喪失毀損或遲到。負重大責任。我民法之規定亦同。惟倣德日商法。採不注意責任主義。並非如法商採通常事變主義。故在我民法。承攬運送人之責任與運送人之責任。規定兩歧。以承攬運送人之責任。較為寬大。

重大責任之規定

一　重大責任之規定　承攬運送人對於託運物品之喪失毀損或遲到。應負責任。但能證明其於物品之接收保管、運送人之選定、在目的地之交付、及其他與運送有關之事項。未怠於注意者。不在此限。（六六一條日商三二二條德商四〇八條一項）分晰言之。

負重大責任之損害事項

1　負重大責任之損害事項　須因託運物品之喪失毀損遲到三種事項所生之損害。承攬運送人始依本條重大責任。負賠償之責。若因其他事項所生之損害。則承攬運送人僅依通常債務不履行或侵權行為之規定。負賠償責任。不復適用此項重

大責任之規定矣。

承攬事項之注意

2　對於承攬事項之注意　承攬運送人辦理所承攬之運送事件。應以善良管理人之注意爲之。（六六〇條二項五七七條五三五條後段）前經述明。其承攬運送事件之內容。卽爲物品之接收保管。運送人之選定。在目的地之交付。及其他與運送有關之事項是也。所謂物品之接收。言承攬運送人自委託人受領其託運物品也。所謂物品之保管。言託運物品在承攬運送人之占有中時。應由其保管也。所謂運送人之選定。言承攬運送人應爲委託人。選擇妥當之運送人。與訂運送契約。使運送物品也。所謂在目的地之交付。言承攬運送人不僅應爲委託人選定運送人。訂約交運。並應負責使運送人在目的地。妥交物品也。所謂其他與運送有關之事項。文義曖昧。似係指與實行運送有關之事項。然承攬運送人既不自爲運送。關於運送。自非直接負責。故應解爲其他與自己承攬運送事件有關之事項。承攬運送人辦理此等事項。苟欠缺善良管理人之注意。卽爲怠於注意。斯有過失。倘因此致生喪失毀損遲

到等損害。則承攬運送人應依本條重大責任之規定。負賠償損害之責。

承攬運送人不僅就自己過失。應負其責。而其代理人或使用人之過失。亦與自己過失。負同一責任。（二二四條參照）故承攬運送人辦理所承攬之運送事件時。如因其使用人或其所委託代辦之人。（如所選任之中間承攬運送人是）【註一】怠於注意。致生喪失毀損遲到等損害。則承攬運送人。亦應依本條重大責任之規定。負賠償損害之責。【註二】

據上所述。承攬運送人自己及其使用人或代理人。關於辦理所承攬之運送事件。怠於注意。卽有過失時。對於託運物品之喪失毀損或遲到。負損害賠償責任。至於運送人苟有喪失毀損遲到等損害。雖無過失。仍應負責。兩相比較。自以承攬運送人之責任。較爲寬大。

【註一】 承攬運送人於途程遼遠水陸交錯。須由數運送人先後接運時。多於相當地點。選任同業。使辦理運送銜接事宜。再承攬運送人。亦有於目的地。選任同業。使辦理代收轉交事宜。此項被

選任之同業。斯爲中間承攬運送人。既出於承攬運送人之選任。自爲其代理人。如怠於注意。應由承攬運送人。負其責任。

【註二】　查日商第三二二條。固明定承攬運送人。對其使用人怠於注意時。亦負責任。但我民法則倣德民瑞債。（德民第二七八條瑞債第一〇一條）廣設一般規定。凡債務人關於履行債務。對其使用人之行爲。須負責任。（二二四條）故我民第六六一條就使用人之怠於注意。毋庸再規定矣。

3　免責要件及舉證責任　承攬運送人。須能證明其於物品之接收、保管、運送人之選定、在目的地之交付、及其他與運送有關之事項。未怠於注意。始得免負責任。是以未怠於注意。爲承攬運送人之免責要件。其能否免責。以自己能否證明爲標準。故舉證責任。不在請求賠償之請求人。而在受請求之承攬運送人。此爲普通舉證原則之例外。蓋所以加重承攬運送人之責。而本條規定之責任所以稱爲重大責任者。亦以此也。惟託運物品果否有喪失毀損或遲到等情事。則仍由請求賠償之請求人。負舉證責任。自不待言。

所以稱爲重大責任之根據

因包皮瑕疵所生之喪失或毀損。因委託人有備製相當包皮之責。可謂出於委託人之過失。承攬運送人。自應免責。但承攬運送人於接收託運物品時。對於包皮易見之瑕疵。未留保異議者。仍應負賠償責任。(六六五條六三一條)

賠償額之標準

二　損害賠償額之標準　承攬運送人。依上述重大責任之規定。負損害賠償責任時。賠償額之範圍。應如何裁定。其標準有二。卽準用運送人賠償額之規定。在普通情形。依限定標準。而在承攬運送人有故意或重大過失時。則依一般標準。(六六五條六三八條六四〇條)前經述明。茲不再贅。

重大責任之短期消滅

三　重大責任之短期消滅　對於承攬運送人因運送物之喪失毀損或遲到所生之損害賠償請求權。自運送物交付或應交付之時起。二年間不行使而消滅。(六六六條德商四一四條日商三二八條)此項規定。蓋使承攬運送人之重大責任。經過二年。卽因時效而消滅。用資緩和也。

貴重物品

四　貴重物品之責任　承攬運送人對於貴重物品。其所負責任若何。亦準用運送人

之責任

之規定。（六六五條六六九條）前經述明。茲不再贅。

第五節　承攬運送人之權利

承攬運送人之權利。有在承攬運送節內特別規定者。有準用行紀之規定者。茲舉其重要者於左。

報酬請求權

一　報酬請求權　承攬運送人。乃以承攬物品運送爲業。而受報酬之人。（六六〇條一項參照）自有報酬請求權。此項報酬。以規費或手續費稱焉。至其請求之時期。依當事人之契約定之。或爲與委託人訂立委託契約之時。或爲將託運物品交付於運送人之時。或爲承攬運送事件辦理完竣之時。均無不可。如未約定。則應解爲承攬運送事件辦理完竣之時。（六六〇條二項五七七條五四八條）【註一】

規費之數額。亦由當事人以契約定之。至於運費。承攬運送人得據其與運送人約定之實額。另向委託人請求。（德商四〇八條二項參照）蓋以規費乃辦理承攬運送事件之報酬。

而運費則爲辦理承攬運送事件墊付之費用。兩不相同。故承攬運送人於運費及規費。應分別請求。

【註一】德日商法均規定承攬運送人。將運送物交付於運送人時。即可請求報酬。（德商四〇九條日商三二三條一項）但我民法無此項明文。自不得採同一解釋。

費用償還請求權

二　費用償還請求權　承攬運送人。因辦理承攬運送事件所付墊款。如運費、關稅、保險費、及其他費用。得向委託人請求償還。（六六〇條二項五七七條五四六條並參照六六二條前段）

留置權

三　留置權　承攬運送人爲保全其報酬及墊款。得受淸償之必要。得按其比例。對於運送物。有留置權。（六六二條）【註二】據此規定。承攬運送人之行使留置權。必須因運送物所生之報酬及墊款。且僅得於足相淸償之範圍內。留置該運送物之相當部分而已。

【註二】日商規定爲留置權。（日商三二四條）而德商則定爲法定質權。（德商四一〇條）

介入權

四　介入權　承攬運送人。除契約另有訂定外。得自行運送物品。如自行運送。其

權利義務。與運送人同。（六六三條德商四一二條日商三二七條）按承攬運送人受委託人之委託時。固應選定運送人。與訂運送契約。使爲運送。然苟無特約禁止。則承攬運送人。得自行運送。此之謂介入權。在此情形。承攬運送人對於委託人。實兼居運送人之地位。故其權利義務。與運送人同。再行紀之介入。必須具備市場市價及無特約禁止二種條件。（五八七條一項參照）而承攬運送人。則僅具備無特約禁止一種條件。即可介入。其介入範圍。較爲廣汎矣。

視同介入之情形

就運送全部。約定價額。或承攬運送人塡發提單於委託人者。視爲承攬人自己運送。不得另行請求報酬。（六六四條並參照德商四一三條一項日商三二七條二項）蓋訂立承攬運送契約時。僅先約定報酬。而運費則嗣後據實額請求。若先就運送全部。約定價額。實等於約定運費。非復約定承攬運送事件之報酬。再承攬運送人塡發提單於委託人者。亦等於自居運送人之地位。故不問實際上果否介入。而視同介入。且於運費外。不得另行請求報酬矣。

損害賠償請求權

五　損害賠償請求權　託運物品依其性質。對於人或財產。有致損害之虞者。委託人於訂立委託契約前。應將其性質告知承攬運送人。若怠於告知。則承攬運送人。對於因此所致之損害。得向委託人請求賠償。（六六五條 六三一條）

對於受貨人之權利

六　對於受貨人之權利　依承攬運送契約。享權利負義務者。本僅承攬運送人及委託人。卽兩方當事人而已。至於受貨人。既非承攬運送契約之當事人。原不負何等義務。而承攬運送人。亦原不得對其享有權利。然受貨人受領運送物時。既因他人之勞務。享受利益。自支付報酬。以資報償。且第六六二條規定關於報酬及墊款。對於運送物有留置權。受貨人若不支付。則承攬運送人必留置運送物。故應解爲在受貨人受領運送物時。亦得對於受貨人。有報酬及墊款請求權。

第十九章　合夥（六六七條以下德民七〇五條以下瑞債五三〇條以下法民一八三二條以下日商六六七條以下俄民二七六條以下）

第一節　合夥之性質

合夥云者。謂二人以上互約出資。以經營共同事業之契約也。（六六七條一項德民七〇五條日民六六七條瑞債五三〇條）分晰言之。

合夥爲契約

一　合夥者契約也　合夥爲二人以上所訂立之契約。此訂立契約之人。名爲合夥人。由此契約所生之關係。謂之合夥關係。夫合夥既爲契約。則各合夥人。原不過依所訂契約。互立於債權人或債務人之地位。申言之。卽合夥爲合夥人間之契約團結。而合夥關係。則爲債權的對立關係。故合夥雖由二人以上。互相團結。而論其性質。究係契約關係。並非如公司或其他法人。享有獨立人格。合夥之行爲。不過合夥人全體之行動。縱令以合夥之名義行之。究非如公司或其他法人。用自己名稱。表示自己人格。但合夥因係團體契約。亦頗有團體性質。俟後述之。

互約經營共同事業之契約

二　合夥者各合夥人互約經營共同事業之契約也　各合夥人所以互相團結。訂立合夥契約。實在圖達共同目的。所謂共同事業。卽指其共同目的而言。

1　事業之種類　事業之種類性質。在法律上。別無限制。不問營利的經濟的事

業。或非營利的事業。如學術、宗教、美術、運動、親睦、娛樂等項。苟不違背公共秩序及善良風俗。苟得成立合夥。共同經營。凡某會某俱樂部以及夥營商店等團體而非法人者。概爲合夥。

2 事業之久暫　事業之中。有繼續經營者。有暫時經營者。苟共同經營。皆可成立合夥。

3 事業須共同　共同事業云者。謂事業須爲合夥人全體之共同利益。故事業之成敗。對於任何合夥人。須有何等利害關係。若約定僅其中一人或數人。獨享利益之契約。則或爲贈與契約。或爲無名契約。並非合夥。但各合夥人所享利益。非必須均等。不妨互有差別。且苟均受利益。而其損失。則不妨使某合夥人單獨負擔。或毫不負擔。(六七七條三項參照)再各合夥人所受之利益。非必以財產的利益爲限。雖無形之精神的利益。亦無不可。如研究學術之合夥建設紀念銅像之合夥是。

互約出資

三　合夥者各合夥人互約出資之契約也　各合夥人因圖達共同目的而訂立合夥者。

之契約

蓋以個人力薄。不易經營。乃約相團結。或湊集資財。或供給勞務。（六六七條二項參照）協力經營。俾克成功。我民法上之文字。雖規定約爲出資。而實卽表示協力之意義。故各合夥人對於合夥事業。咸有協力經營之權利義務。而出資義務。亦莫不負之。若僅由合夥享受權利。毫不負出資義務者。自非合夥人。

合夥係雙務契約

四　合夥係雙務契約　在合夥契約。各合夥人之負擔債務。係因其他合夥人亦負擔債務。而其出資及協力經營之給付義務。並互有對價的關係。故合夥爲雙務契約。而關於雙務契約之規定。亦得適用。

同時履行抗辯之適用

1　同時履行抗辯　第二六四條關於同時履行抗辯之規定。在合夥契約。是否適用。德國學者間。固有積極說消極說二種。竊以積極說爲當。日本之通說亦同。故由他合夥人請求出資時。如他合夥人尚未履行出資義務。則受請求之合夥人。得依同時履行之抗辯。拒絕出資。唯在三人以上之合夥。由已履行出資義務之合夥人請求、或執行事務合夥人請求時。受請求之合夥人。是否得以其中尚有未履

行出資義務者爲理由。主張同時履行抗辯。亦不無爭議。竊以無抗辯權爲當。蓋同時履行之抗辯。乃使雙方相對履行。務求公允。而在此等情形。所持以抗辯之理由。非相對關係矣。

危險負擔之適用

2　危險負擔問題　合夥人中。其一合夥人之出資義務。如給付不能時。自適用第二六六條之規定。卽在僅有二人之合夥。雙方均免給付義務。其合夥應歸消滅。固無問題。但在三人以上之合夥。其中一合夥人之出資義務。給付不能時。該合夥人之免除給付義務。（二二五條參照）對於其他合夥人之給付義務。有無影響。則不無問題。例如勞務出資之合夥人。因不可歸責之事由給付不能時。該合夥人固免給付義務。退出合夥。而其他合夥人間。究爲合夥仍然存續。抑或因均免給付義務。致合夥歸於消滅。德國學者間。頗有爭議。竊以前說爲當。蓋偶因一合夥人之出資不能。卽使合夥歸於消滅。未免輕視合夥之團體性質。又恐違背合夥契約當事人之意思。且第二六六條之規定。亦僅重在雙方相對關係也。

合夥係有償契約

五　合夥係有償契約　合夥既係有償契約。自可準用買賣之規定。（三七四條）例如合夥人之出資如有瑕疵。則準用出賣人擔保責任之規定是。

合夥係不要式及諾成契約

六　合夥係不要式及諾成契約　合夥僅因約定各自出資。以經營共同事業。即行成立。既毋庸具備何等方式。亦無須待至出資之履行。故爲不要式契約及諾成契約。唯訂立合夥契約。通常多以書面爲之。

合夥之團體性

七　合夥之團體性質　合夥雖係契約關係。無獨立人格。然在我民法以合夥究係人的團結。並非單純契約關係。因倣德意志法之思想。【註一】採用近世公司法之團體觀念。即（一）認有合夥財產。使爲合夥人全體之公同共有。並以爲合夥債權人之第一擔保。且禁止合夥財產之分析及限制股分之處分。（六六八條六八一條六八二條一項六八三條）（二）執行事務之合夥意思。由合夥人全體或一部之共同或過半數決定之。（六七一條六七三條）（三）禁合夥債權之抵銷。俾對於合夥之債務。與對於合夥人個人之債務。兩有區別。（六八二條二項）（四）認有合夥人之加入退夥及合夥解散等項。以表明合夥團體與其備

成分子之關係。凡此數點。概含有團體之性質也。

【註一】 按羅馬法上之合夥。純為當事人間之契約關係。毫無團體之特徵。蓋以羅馬法。採取極端個人主義。故在合夥。無所謂合夥財產。所有財產。皆係各合夥人所分有。僅互負分配之義務耳。此外因合夥人之破產死亡等事由。卽使合夥關係。當然消滅。別無合夥人加入退夥及合夥解散等項之規定。至德意志法。則於合夥認有團體觀念。雖未如法人享有人格。而互相團結。合成一體。自應有團體存在。故認有合夥財產。並認合夥人加入退夥及合夥解散等項之觀念。德國現行民法及瑞士債務法。均屬此系統。我民法亦倣之。

第二節 合夥之效力

第一款 出資義務

出資之意義

一 出資之意義 出資云者。謂合夥人湊出財產及其他手段。以供事業經營之用者

義
也。凡合夥人。莫不負出資之義務。

出資之種類
二　出資之種類　出資得爲金錢或他物。或以勞務代之。（六六七條二項瑞債五三一條一項並參照德民七〇六條二項三項日民六六七條二項）通常出資。多爲金錢。以極便利故也。所謂他物。如動產不動產是。在物之出資。不問以其所有權出資。抑或僅以其使用收益權出資。均無不可。所謂勞務。言合夥人於資格繼續中。對於經營事業。供給經濟的勞務也。（例如技術上或經驗上之勞務是）此外債權準物權（如鑛業權漁業權）無體財產權。（如專賣權著作權）以及信用。是否得以出資。法無規定。但苟能供事業經營之用。其出資均應有效。

出資之成數
三　出資之成數　各合夥人之出資成數。以契約定之。非必須一律。但未約定成數時。則應解爲均屬平等。（德民七〇六條一項參照）再出資之成數。旣係以合夥契約確定。嗣後非經合夥人全體之同意。不得增減。故合夥人無於約定出資之外。增加出資之義務。因損失而致資本減少者。合夥人無補充之義務。但不妨以全體同意之續訂契約。予以增加或補充。（六六九條德民七〇七條）

出資之履行

四　出資之履行　出資乃對於合夥之債務。其履行應向合夥有受領權限之人爲之。故定有受領權人或事務執行權人時。自應由其請求履行。並應向其履行。若未定有受領權人或事務執行權人時。則任何合夥人。均得爲合夥。（即合夥人全體）請求履行。並得向其履行。

法律關於出資義務履行之時期。無所規定。聽當事人之便。得以合夥契約明訂之。若未明訂時期。則合夥之受領權人。得即時請求履行。而合夥人亦得即時履行之。（三一五條參照）且履行出資義務。縱定有時期。若合夥財產不足清償合夥之債務時。則期限雖未屆至。亦喪失期限之利益。不可不履行之。

第二款　合夥契約及事業種類之變更

合夥契約或其事業之種類。除契約另有訂定外。非經合夥人全體之同意。不得變更。（六七〇條）

一　合夥契約之變更　變更合夥契約云者。謂合夥契約所訂各事項之變更增減也。其應得合夥人全體之同意者。蓋以係合夥關係成立之根本規約。殆與公司之章程無異。不宜輕易變更也。但合夥契約成立之初。另有訂定時。仍從所定。

合夥契約之變更

二　事業種類之變更　經營某種事業。爲各合夥人之共同目的。既經約定。亦不宜輕易變更。且事業之種類。爲合夥契約之內容。變更事業種類。斯爲變更合夥契約。故亦應與變更合夥契約。採取同一程序也。

事業種類之變更

第三款　合夥財產

一　合夥財產之意義　合夥財產云者。謂合夥因經營事業之目的所構成之財產集團也。蓋合夥乃由各合夥人。因經營共同事業。互相團結。合成一體。而其共同事業。又必須有經營之資。於是經營上一切財產。亦因經營事業之目的。互相結合。構成財產集團矣。

合夥財產之意義

二　合夥財產之構成部分　合夥財產構成之種類。法無限制。不問物權、債權、或無體財產權。凡足供經營之用者。均無不可。又此等財產權所以成爲合夥財產之原因。我民法第六六八條。既使用各合夥人出資及其他合夥財產之文字。故無論出於各合夥人之出資、或出於其他事實。（如經營合夥事業所得財產、原有合夥財產所生孳息、或損害賠償等）亦所不問。惟出資請求權。是否屬於合夥財產之構成部分。不無爭議。【註一】竊以爲出資請求權。既爲一種債權。應與他種財產權無異。即可歸屬於合夥財產。而爲其構成部分。

（合夥財產之構成部分）

【註一】出資請求權。即對合夥人請求出資之權利。在德日學者之解釋。亦有主張消極說者。究以積極說爲通說。本書亦採用之。

三　合夥財產爲合夥人全體公同共有　各合夥人之出資及其他合夥財產。爲合夥人全體之公同共有。（六六八條德民七一八條）此即規定合夥財產爲合夥人全體公同共有。蓋合夥雖爲一種團體。然未成爲法人。並非權利主體。未能獨立享有權利。故使合夥財產。屬於合夥人全體公同共有。

（合夥財產之公同共有）

何謂公同共有

玆所謂公同共有。(Gesammteigentum, Propriete' Collective)與分別共有(Miteigentum, Copropriété)不同。【註二】卽數人因某項目的。結成一體。而所有權。則整個的屬諸其全體也。所有權既整個的屬諸全體。並非分別的共屬於數人。則處分及其他權利行使。均應經共有人全體之同意。縱令各設應有部分。亦不得自由處分。又因維持數人團結起見。禁止請求分割。我民法共有法規中。已明定此種共有。第八二七條至第八三〇條之規定是也。夫合夥乃由各合夥人因經營共同事業。結成一體。恰與公同共有之要件相符。而合夥財產。復宜屬諸全體。以維持團結。俾克達共同目的。故規定爲公同共有也。

合夥財產之公同共有。究係以合夥財產構成各部分。(卽構成合夥財產之各種財產權)分別的爲合夥人全體公同共有。抑係將合夥財產全部。視爲一個特別財產。(Sondervermögen)總括的爲合夥人全體公同共有。在德民法。兩俱規定。【註三】在我民法第六八五條。係倣德民法第七二五條。亦可解爲併認合夥財產全部之公同共有。不必專以合夥財

產構成各部分之公同共有爲限也。

分別共有與公同共有之差異

【註二】　分別共有。亦稱爲普通共有或部分共有。卽就一所有權之分量。劃作部分。（如二分之一或三分之二等是）各共有人各有其應有部分。其所有權雖共屬於數人。而應有部分。則專屬於各共有人。此稱共有。肇自羅馬法。而其根本觀念。則爲個人觀念。故各共有人得自由處分其應有部分。（八一九條一項參照）又共有人相互間之法律關係。（內部關係）及共有人與第三人之法律關係。（對外關係）亦以平等爲原則。至於公同共有。亦稱爲總有或合有或聯有。卽以一所有權屬諸結成一體之數人全體。此項共有。肇自德意志古法。而其根本觀念。則爲共同觀念。故所有權整個的屬諸結成一體之全體。非分別的共屬於數人。原則上本不得劃作部分。縱令各設應有部分。而各公同共有人。並不得自由處分其應有部分。又公同共有人相互間之法律關係。及公同共有人與第三人之法律關係。則多因公同共有之原因及目的不同。亦隨而異。

【註三】　德民第七一九條。規定各合夥人不得處分合夥財產。及合夥財產所屬標的之股分。其所謂合夥財產所屬標的之股分。卽指各合夥人對合夥財產構成各部分所有之股分而言。是認有合夥財

產構成各部分之公同共有。又德民第七二五條。某合夥人之債權人。就其合夥人對合夥財產所有股分。得聲請扣押。此則又認合夥財產全部之公同共有矣。

第四款　合夥財產之保全

合夥財產須予保全之理由

合夥既爲各合夥人結成之團體。而合夥財產復爲經營合夥事業構成之財產集團。若合夥財產。發生變動。則合夥團體。或致瓦解。而共同事業。亦難經營。且合夥財產。爲合夥債權人之第一擔保。必須合夥財產不足淸償合夥債務時。合夥之債權人。始得向合夥人請求淸償。（參照六八一條）故法律上特設種種規定。保全合夥財產。期以維持合夥團體。並保護公司之債權人。

分析之禁止

一　合夥財產分析之禁止　合夥人於合夥淸算前。不得請求合夥財產之分析。（六八二條一項日民六七六條二項德民七一九條一項後段）蓋合夥乃以合夥財產。經營合夥事業。若各合夥人得隨時請求分析。則阻礙事業之經營。違背訂約之初衷。且合夥財產。爲各合夥人全體公同共

有。依第八二九條之規定。在合夥關係存續中。亦不得請求分析。故規定在合夥清算前。禁止請求分析。必須於解散時並經清算程序後始得分析合夥財產。

合夥關係存續中。合夥人中之一人。固不得請求分析合夥財產。若以合夥人全體之同意。就合夥財產提出一部分析。則應解為有效。（參照八二八條二項及日本大正二年六月二八日大審院判例見民事判決錄一九輯五七三頁）但須經結算盈虧。蓋以合夥財產為合夥債權人之第一擔保。必須償債有餘。始得提出分析也。（六八一條參照）至於以合夥人全體之同意。分析合夥財產全部。則實與合夥解散無異矣。

股分處分之限制

二　股分處分之限制　合夥人之股分云者。謂各合夥人對於合夥財產之應有部分也。

股分之意義及其成數

股分之成數。除約定者外。應按照出資額之比例定之。蓋以出資額。既為合夥財產之構成基礎。復為損益支配之標準。據以定股分成數。甚屬公平也。

各立法例允否處分之主義

至於合夥人之股分。應否允許自由處分。在各立法例。殊不一致。羅馬法採自由處分主義。此為採用分別共有制度之當然結果。德意志古法及德國民法採禁止處分主義。（德民七一一

九條一項前段）此爲採用公同共有制度之當然結果。蓋合夥財產爲合夥人全體公同共有。故不認有股分觀念。而股分處分。自亦在所不認。日民採不得對抗之限制主義。（日民六七六條二項）我民法關於合夥財產之共有既倣德民。採用公同共有制。故關於合夥人股分之處分。原則上亦倣德民。採禁止處分主義。茲分述於左。

禁止轉讓之原則

1　禁止轉讓之原則　我民法第六八三條。規定合夥人非經他合夥人全體之同意。不得將自己之股分轉讓於第三人。但轉讓於他合夥人者。不在此限。據此規定之解釋言之。各合夥人不得自由轉讓其股分於第三人。是以禁止處分爲原則。蓋合夥關係之成立。以互相信用爲基礎。若股分得讓與第三人。則素無關係之人。亦可因讓受股分。干預合夥財產。實與合夥契約注重對人信用之精神不符。且合夥財產。因此減少。合夥債權人之擔保。必致薄弱。再由一合夥人之行爲。使合夥財產。發生變更。亦違背公同共有之性質。故禁止各合夥人將其股分讓與第三人。但經其他合夥人全體之同意時。亦得讓與第三人。因此乃合夥契約內容之變

更。既經合夥人全體同意。自應認爲有效也。至於合夥人將其股分轉讓於他合夥人者。得自由讓與。不受全體同意之限制。蓋合夥人中將股分互相授受。並無上述讓與第三人之利害關係。故許自由讓與也。

出質準用轉讓之規定

2　出質準用轉讓之規定　合夥人之股分。是否允許出質。應準用股分轉讓之規定。卽出質於第三人。原所禁止。必須經其他合夥人全體之同意。始得爲之。至於出質於他合夥人。則許自由爲之。

扣押之允許

3　扣押之允許　合夥人之債權人。就該合夥人之股分。是否得聲請扣押。在各立法例。亦不一致。【註一】我民法倣德民法規定。合夥人之債權人。就該合夥人之股分。得聲請扣押。（六八五條一項本文・德民七二五條一項前段）蓋以合夥財產。固應維持。而合夥人之債權人。亦應保護也。但合夥財產爲合夥人全體公同共有。並非分屬於各合夥人。若由一合夥人之債權人。就該合夥人對合夥財產全部應有股分。聲請扣押。與公同共有之性質。未免矛盾。且扣押之結果。往往至有變價處分。無異允許自

由轉讓。又與禁止轉讓之原則。兩相牴觸。故法律為免除矛盾牴觸起見。復規定聲請扣押時。應於兩個月前。通知合夥。此項通知。有為該合夥人聲明退夥之效力。（六八五條一項但書同條二項並參照德民七二五條一項後段）質言之。即先由通知。使該合夥人發生退夥效力。然後始聲請扣押。則所扣押者。乃該合夥人退夥時所應給還之財產。非復該合夥人就合夥財產全部應有之股分矣。至其通知。須在兩個月前者。蓋早期通知合夥。使得預籌善後之策也。

扣押何以須先期通知

【註一】羅馬法關於合夥財產之共有。採分別共有制度。其股分既專屬於各合夥人。則合夥人之債權人。就該合夥人專屬之股分。自得聲請扣押。故羅馬法採允許扣押主義。再德意志古法及德國民法。關於合夥財產之共有。採公同共有制度。就公同共有性及禁止處分主義之解釋言之。固應採絕對禁止扣押主義。但德民第七二五條為保護合夥人之債權人起見。特許聲請扣押。即一面使合夥人之債權人。就該合夥人對合夥財產全部應有股分。得聲請扣押。以保護債權人。而他面復使得由聲明解約。俾便解約後。始予扣押。以避免公同共有主義之牴觸。我民亦倣之。至於日民。因無明

文。爭論頗多。究以不得聲請扣押爲通說。

利益分配請求權之性質

4　利益分配請求權之性質　合夥人之股分。所以不得自由轉讓者。蓋以股分乃合夥人對合夥財產全部應有部分。而合夥財產又爲合夥人全體公同共有故也。若夫利益分配請求權。因利益業經確定分配。已變爲各合夥人各自享有之權利。非復全體公同共有合夥財產之範圍。故得自由讓與或出質。至於合夥人之債權人。就該合夥人所有利益分配請求權。得聲請扣押。更不待言。（六八四條但書參照）

債權人代位權之禁止

三　債權人代位權之禁止　合夥人之債權人。於合夥存續期間內。就該合夥人對於合夥之權利。不得代位行使。但利益分配請求權。不在此限。（六八四條德民七二五條二項）按債權人爲保全自己債權起見。在債務人怠於行使其權利時。固得代位行使。但合夥人在合夥存續期間內。對於合夥之權利。即因合夥關係所生之權利。如事務執行權、代表權、檢查權等。必須合夥人以其特殊資格。始得行使。此乃專屬於合夥人本身之權利。依第二二四條但書之規定。其債權人本不得代位行使。又如合夥財產分析

請求權。合夥人本身。尚無此權利。其債權人更無從代位行使。且合夥人之債權人。若代位行使。則合夥事務。遭局外干預。違背合夥注重對人信用之精神。而合夥財產。或因減少。亦難貫澈保全之本旨。故規定合夥人之債權人。就合夥人對於合夥之權利。不得代位行使。若夫合夥人對於合夥所有之利益分配請求權。因已變爲合夥人各自享有之權利。非復全體公同共有合夥財產之範圍。合夥人之債權人。自得代位行使。至於合夥關係後之權利。即如退夥時之股分給還請求權。解散時之賸餘財產返還請求權。既不在所謂合夥存續期間內。又無上述禁止行使之理由。合夥人之債權人。自亦得代位行使。

合夥債權抵銷之禁止

四　合夥債權抵銷之禁止　對於合夥負債務者。不得以其對於任何合夥人之債權。與所負之債務抵銷。（六八二條二項德民七一九條二項日民六七七條）蓋對於合夥負債務者。即合夥之債務人。其所負債務。即合夥之債權。此爲合夥財產之構成部分。屬諸合夥人全體公同共有。質言之。即對於合夥人全體所負之債務。非分別的對於各合夥人個人所負之債

務。雖合夥人對於合夥之債務人。亦負債務。並非同一當事人間互負債務。合夥之債務人。本不得以其對於合夥人之債權。與其對於合夥所負債務。主張抵銷。且若許抵銷。必致減少合夥財產。有礙保全之本旨。故規定禁止。叉因同一理由。合夥人對於合夥之債務人。亦不得以合夥債權。與自己債務抵銷。但合夥之債務人。則得以其所負債務。與其對於合夥之債權抵銷。蓋以彼此互負債務故也。

第五款　損益之分配

何謂損益

一　損益之意義　各合夥人之財產出資總額。謂之合夥資本。合夥財產較多於合夥資本額。此之謂利益。合夥財產較少於合夥資本額。此之謂損失。

損益之分配

二　損益之分配　合夥有利益時。合夥得分配於各合夥人。或不分配而添入合夥財產。以增加各合夥人之股分額。亦無不可。合夥有損失時。亦得分配於各合夥人。但茲所謂分配損失。不過各合夥人之股分額。因以減少耳。非謂各合夥人須以財產

塡補其損失。蓋以合夥人原則上。僅負擔約定出資之義務。無另以財產補充臨時損害之義務也。（六六九條參照）

損益分配之成數

三　損益分配之成數　分配損益之成數。曾經以合夥契約或其他特約訂定者。自依所定。若未經約定。則應按照各合夥人出資額之比例定之。（六七七條一項日民六七四條一項）【註一】若其中有以勞務出資時。亦應將其勞務估計金錢。以定分配之成數。蓋合夥乃以合夥人之出資。經營共同事業。故以出資多寡為標準。分配經營所得利益。實所當然也。又各合夥人若僅就利益。或僅就損失。定其一方之分配成數者。則視為損益共通之分配成數。使損益雙方均適用之。（六七七條二項日民六七四條二項德民七二二條二項瑞債五三三條二項）再以勞務為出資之合夥人。對於利益。固受分配。但對於損失。則除契約另有訂定外。不受分配。（六七七條三項）【註二】

【註一】　德民瑞債。均規定損益分派之成數未經約定者。無論出資種類及出資多寡。而分配成數。則一律平等。（德民七二二條一項瑞債五三三條一項）蓋以各合夥人既同負無限責任。則損益分

配之成數。亦應一律平等也。

【註二】 瑞債第五三三條三項。以勞務爲出資之合夥人。必須曾經約定不受損失之分配者。始得不受損失之分配。

損益分配之時期

四 損益分配之時期 合夥之決算云者。謂合夥就所有資產及所負債務。實行計算。以決定損益也。故分配損益。必先經決算。兩者時期。頗有連帶關係。玆就分配損益之時期。分述於左。

利益分配之時期

1 利益分配之時期 合夥之決算及分配利益。除契約另有訂定外。應於每屆事務年度終爲之。（六七六條）即合夥之決算時期及分配利益時期。曾經以合夥契約或其他特約訂定者。自依所定。若未經約定。則以每屆事務年度終。爲決算時期及分配利益時期。蓋以在事務年度終時。最便決算。而利益亦可分配也。所謂事務年度。或爲一年。或爲半年。或爲一季。均無不可。

損失分配

2 損失分配之時期 合夥契約或其特約。曾經訂定者。自依所定。若未經約定

之時期

。則僅應於每屆事務年度終決算時。依分配損失之成數。在計算上。減少合夥人之股分額而已。蓋以合夥人無另以財產補充臨時損失之義務。（六六九條參照）必須俟至清算時。合夥財產不足清償合夥債務。合夥人始應另以財產。實行塡補損失。

第六款　事務執行

內部關係與對外關係

合夥之成立。在經營共同事業。凡因經營事業所生一切必要事務。在內須有執行之人。對外須有代表之人。通常多分爲內部關係及對外關係。分別說明。前者爲合夥人相互間。關於事務執行之權利義務問題。卽本款所研究者是也。後爲事務執行權人之代表權問題。卽次款所研究者是也。

何謂事務執行

一　事務執行之意義　事務執行云者。謂因經營合夥事業而處理其必要事務也。各合夥人之訂立合夥契約。在約定共營事業。據此合夥契約。凡屬合夥人。均應有事

事務執行

務執行之權利。並負其義務。此項權利。稱爲事務執行權。論其性質。純爲內部關

權之意義及其性質

係。卽在合夥人相互間有此權利義務而已。至於事務執行之內容。有事實上行爲。亦有法律上行爲。若執行事務。須代表合夥。(卽合夥人全體)與第三人爲此等行爲時。則更須有對外代表權矣。

事務執行權人之範圍

二　事務執行權人之範圍　合夥事務。究應由何人執行。在合夥契約或續訂之變更契約。苟有訂定。固依所定。若未明訂。則法律上不可無準繩規定。以資依據。考

各立法例之主義

各立法例。其準繩規定。大別爲三。(一)共同執行主義。卽須依合夥人全體共同一致之意思執行之。德民採之。(德民七〇九條一項)(二)單獨執行主義。卽各合夥人得以其單獨意思執行之。法民瑞債採之。(法民一八五九條瑞債五三五條二項)(三)過半數執行主義。卽以過半數之意見執行之。日民採之。(日民六七〇條一項)第一種主義。全體一致。殊屬不易。事務進行。難免遲滯。第二種主義。事務進行。固屬簡捷。而各自決定。易致擅專。且彼此意見。難免矛盾。第三種主義。期在權衡利弊。折衷得當。至於我民法

我民採共同執行主義

。乃採第一種主義。茲述於左。

原則上應由全體共同執行

1　合夥人全體之共同執行　合夥之事務。除契約另有訂定外。由合夥人全體共同執行之。（六七一條一項）此爲我民法之準繩規定。卽在合夥契約或續訂之變更契約。另有訂定。固依所定。若未訂定。則合夥人全體。均爲合夥事務執行權人。蓋各合夥人。依合夥契約。原有執行事務之權利。並負其義務。非合夥契約或續訂之變更契約。另有明訂。則權利不能剝奪。而義務亦不容拋棄。故原則上應以合夥人全體。爲合夥事務執行權人也。

何謂共同執行

合夥人全體之執行事務。必須共同執行之。所謂共同執行。乃言事務之執行方法。必須依合夥人全體共同一致之意思決定之。若決定之後。依照實行。則不妨由其中一人爲之。或另委第三人爲之。【註一】

【註一】　執行事務。應分爲決議及實行兩種階段。茲所謂共同執行事務。乃言執行方法之決議。須經全體一致贊成。始能成立。若決議之後。依照實行。則毋庸共同矣。

一部合夥

2　一部合夥人之共同執行　合夥之事務。原則上固由合夥人全體共同執行。然

人之共同執行

在合夥契約或續訂之變更契約。亦可約定委任由合夥人中一人或數人執行事務。（六七一條二項前段並參照六七四條一項）此之謂特定事務執行權人。

特定事務執行權人

甲　委任特定事務執行權人時。則唯一部之合夥人。有執行事務之權利。而其他合夥人之事務執行權。槪被剝奪。不得復干預合夥之事務執行矣。（德民七一〇條參照）

乙　特定事務執行權人有數人時。則合夥之事務。由該數人共同執行之。（六七一條二項後段）如僅一人時。其得單獨執行。自不待言。

特定事務執行權人之辭任解任

丙　特定事務執行權人。卽合夥人中一人或數人。被委任執行合夥事務者。非有正當事由。（例如久病是）不得辭任。其他合夥人。亦不得將其解任。（六七四條一項）蓋特定事務執行人之委任。爲合夥契約之內容。不容輕易變更。故解任於具備正當事由外。更須經其他合夥人全體之同意。始得爲之。（六七四條二項）以其與變更合夥契約無異也。（六七〇條參照）至於辭任。以情節較輕。得僅由辭任者一方意思表示

爲之。

過半數決定之例外

3　過半數決定之特例　合夥人全體執行事務時。或一部合夥人執行事務時。原則上均係共同執行。前經述明。但意思一致。殊屬不易。事務進行。或致遲滯。故法律爲簡捷起見。使在合夥契約或續訂之變更契約。得約定某項事務。由合夥人全體或一部之過半數。決定其執行方法。（六七三條前段德民七〇九條二項前段）故在我民及德民。合夥事務之執行。以共同一致決議爲原則。以過半數決議爲例外。再其過半數決議。如未經明定。則以人數多寡爲標準。不以出資多寡爲依據。即有表決權之合夥人。無論其出資之多寡。推定每人僅有一表決權是也。（六七三條後段德民七〇九條二項後段）但經明定以出資多寡爲標準。仍依所定。不復適用此推定規定矣。

表決權之標準

4　常務之執行　合夥之通常事務。無論在合夥人全體共同執行事務時。或在一部合夥人共同執行事務時。均得由有執行權之各合夥人。單獨執行之。蓋以多係日常輕微事件。照例辦理。毋庸共同取決也。但其他有執行權合夥人中。任何一

人。對於該合夥人之行爲有異議時。應停止該事務之進行。（六七一條三項日民六七〇條三項）故述異議。必事務尚未完結之前。若完結之後。雖述異議。亦不收效。又異議須就每次事務執行。分別述之。其述一般的異議。則必至剝奪常務專行權矣。

事務執行權人之權利義務

三　事務執行權人之權利義務　合夥之事務。有由合夥人全體執行者。有由一部合夥人執行者。無論在何情形。其有執行權之合夥人。對於合夥。（即合夥人全體）莫不有一定之權利義務。此項權利義務。本爲合夥契約當然之效果。並非另有委任契約。即續訂之變更契約。仍爲合夥契約之一部。亦不得謂爲另訂委任契約。然就事務執行權人對合夥（即合夥人全體）之關係言之。實與委任關係。大致相同。故除有少數特別規定外。均準用委任之規定。（六八〇條瑞債七一三條德民五四〇條日民六七一條）茲略述梗概。其詳細說明。請參照委任章。

事務執行權人之權利

1　事務執行權人之權利

甲　報酬請求權　合夥人執行合夥事務。除契約另有訂定外。不得請求報酬。

(六七八條二項)蓋以執行事務。原爲合夥人之義務。原則上自不得請求報酬。但契約另有訂定時。亦得有報酬請求權。

報酬請求權之有無

乙　費用預付請求權(六八〇條五四五條)

丙　墊付費用及利息之償還請求權(六七八條一項六八〇條五四六條一項)

丁　債務淸償請求權(六八〇條五四六條二項)

戊　損害賠償請求權(六八〇條五四六條三項)

事務執行權人之義務

2　事務執行權人之義務

注意義務及賠償責任

甲　相當注意義務及損害賠償責任　我民法第六七二條。規定合夥人履行因合夥契約所負擔之義務。應與處理自己事務。爲同一之注意。故執行合夥事務之合夥人。未受報酬者。應以此項注意。執行事務。若有欠缺。斯爲過失。(即具體的過失)應負損害賠償責任。(瑞債五三八條一項參照)【註二】至於執行合夥事務之合夥人。而約受報酬者。則準用有償委任之規定。應以善良管理人之注意。執行事務。若

有欠缺。斯為過失。（即抽象的過失）應負損害賠償責任。（六八〇條五四四條一項前段並參照瑞債五三八條三項）再因逾越權限行為所生之損害。無論執行合夥事務之合夥人。曾否約受報酬。均應負賠償責任。（六八〇條五四四條一項後段）

【註二】 按無償受任人。僅就重大過失。負損害賠償責任（五四四條二項）而無償事務執行人。因另定第六七二條。自不準用此項規定。

乙 自己處理之義務。（六八〇條五三七條至五三九條）

丙 互有之處理事務請求權。不得讓與之義務。（六八〇條五四三條並參照德民七一七條前段）

丁 執行事務狀況及顛末報告之義務。（六八〇條五四〇條）

戊 金錢物品交付及權利移轉之義務。（六八〇條五四一條）

己 支付利息及損害賠償之義務。（六八〇條五四二條）

事務檢查權

四 合夥人之事務檢查權 合夥人就合夥所負債務。均負連帶無限責任。（六八一條參照）於合夥之盈虧。利害甚重。故在一部合夥人執行事務時。其他無執行合夥事務權利

之合夥人。雖不得干預合夥事務。仍得隨時檢查合夥之事務及其財產狀況。並得查閱賬簿。此之謂合夥人之檢查權。縱契約有禁止檢查之反對訂定。其禁止無效。（六七五條瑞債五四一條德民七一六條日民六七三條）若事務執行權人無正當理由而拒絕檢查。則足爲解任之原因。倘合夥人因此致受損害。並應負賠償責任。蓋以無正當理由而拒絕檢查。即爲不以相當之注意執行事務也。

得委任第三人爲事務執行權人

五　委任第三人爲事務執行權人　合夥人得以合夥契約或獨立之委任契約。委任第三人執行事務。其以合夥契約委任者。因合夥契約乃合夥當事人間之契約。僅能拘束合夥人。而對於第三人之委任。則無從包含。實不過委任契約與合夥契約。同時訂立耳。故委任第三人爲事務執行權人時。無論以合夥契約或以獨立委任契約。其與合夥之關係。均爲純粹之委任關係。當然適用委任之規定。非復第八〇〇條所定之準用矣。至於所以得委任第三人爲事務執行權人者。蓋以各合夥人原均有事務執行權。而此項委任。則爲其事務執行權之發動也。

第七款　對外代表

對外代表權

一　對外代表權　事務執行權人執行合夥事務。若須對外與第三人爲行爲時。其方法有二。(一)事務執行權人。以自己之名義。於合夥之計算。與第三人爲之。(即間接代理)(二)事務執行權人。代表合夥。(即合夥人全體)以其名義。與第三人爲之。在第一種方法。事務執行權人。乃以自己與第三人之行爲。先由自己取得權利。或負擔義務。(瑞債五四三條一項參照)嗣後再移轉於合夥。自不生代表權問題。但在第二種方法。所爲行爲。乃代表合夥之行爲。必須果有代表之權限。始得視爲合夥人全體之行爲。使均因此取得權利。或負擔義務。(瑞債五四三條二項參照)故事務執行權人對外代表合夥與第三人爲行爲時。必須有代表權。【註一】

【註一】代理與代表。不可混同。蓋代理乃代理人之行爲。對於本人。發生效力。(一〇三條參照)而代表則代表人之行爲。即視爲本人之行爲。且在代理所得代爲者。僅限法律行爲及準法律行

爲。而在代表。則無論法律上行爲或事實上行爲。均得代表爲之。故代表合夥所爲之行爲。卽視爲合夥人全體之行爲。且得代表所爲之行爲。亦非僅限於法律行爲。

事務執行權之範圍與代表權

二　事務執行權之範圍與代表權　事務執行權爲內部關係。卽對內部事務有處理之權限。而代表權則爲對外關係。卽就對外行爲有代表之權限。兩者性質。固不相同。但執行事務。往往涉及對外。多須與第三人發生行爲關係。若僅有事務執行權。而無代表權。辦理事務。窒礙良多。故我民法第六七九條。規定合夥人被委任執行合夥事務者。於依委任本旨執行合夥事務之範圍內。對於第三人。爲他合夥人之代表。此卽規定事務執行權人。於其執行權之正當範圍內。當然亦有代表權。【註二】

於執行權之正當範圍內當然亦有代表權

惟合夥人在合夥契約或續訂之契約。就事務執行權人中。特定一人或數人爲代表者。則唯此一部之事務執行權人有代表權。而其他事務執行權人之代表權。因以剝奪矣。在此情形。合夥人必須證明代表曾經特定。及第三人亦知有此特定或可得而知。對於無代表權人之行爲。始得免負責任。務使善意第三人。不至因此受損。

【註二】　瑞債第五四三條三項。規定各合夥人於其有事務執行之權限時。即推定有對於第三人代表合夥或合夥人全體之權限。又德民第七一四條。規定某合夥人因合夥契約有事務執行權。而代表權之有無。尚未分明者。卽爲對於第三人有代理他合夥人之權能。此均推定事務執行權人。於其執行權之範圍內。亦有代表權或代理權。惟尙係推定。與我民法當然亦有代表權。稍不同耳。至於日民。因無此明文規定。學者解釋。或謂訂立合夥契約時。同時默示授與代理權。或謂對內關係上。授與事務執行權時。苟無特別訂定。則同時於對外關係。亦授與代理權。

訴訟上之代表

三　訴訟上之代表　事務執行權人所得代表之行爲。既非僅限於法律行爲。苟在事務執行權之正當範圍內。無論訴訟外訴訟上之行爲。自均得代表爲之。惟其代表爲訴訟行爲時。究係合夥團體之代表。抑係合夥人全體之代表。不無疑義。按合夥團體。並非法人。在私法上無權利能力。自亦無訴訟當事人能力。不得以團體名義。爲訴訟主體。（民事訴訟法四一條一項參照）且代表所爲之訴訟行爲。既視爲合夥人全體之行爲。亦應以合夥人全體。爲訴訟主體。故事務執行權人代表起訴或受訴時。似僅應視爲合

夥人全體之代表。不得謂爲合夥團體之代表。但我民事訴訟法第四一條三項。規定非法人之團體而設有代表人或管理人者。亦有當事人能力。據此規定。合夥團體應解爲有訴訟當事人能力。得以團體名義爲訴訟主體。【註三】而事務執行權人代表起訴或受訴時。亦應解爲合夥團體之代表矣。

【註三】我民事訴訟法第四一條三項。係倣日本新民事訴訟法四六條。其所謂非法人之團體。是否包含合夥在內。頗有爭議。日本民訴學者。多採消極說。但予採積極說。

第八款　合夥債務與合夥人之連帶無限責任

合夥債務與合夥人責任

合夥財產不足清償合夥之債務時。各合夥人對於不足之額。連帶負其責任。（六八一條）此乃規定合夥人對於合夥債務。負連帶無限責任。分析言之。

一　合夥債務與合夥人責任　合夥債務云者。謂合夥團體以其名義所負之債務也。按合夥團體。並非法人。無權利能力。不能獨立負擔義務。其所負債務。即合夥人

應就合夥財產先受清償

共同所負之債務。各合夥人對此債務。自應負責。但合夥債務。既係因團體關係共同所負之債務。與各合夥人個人固有債務。究有區別。是以我民法使就團體財產即共同共有之合夥財產。先受清償。必須合夥財產不足清償合夥債務時。始由各合夥人對此不足之額。連帶負其責任。故合夥之債權人。在合夥財產足清償合夥債務時。僅得向合夥請求。必須合夥財產不足清償合夥債務時。始得向合夥人請求清償。【註一】

【註一】日本學者之解釋。多謂法律上無就合夥財產先受清償之必要。債權人對於合夥及其合夥人。孰先孰後。得任意選擇請求。但我民法第六八一條。既明定合夥財產不足清償合夥債務時。始連帶負其責任。自不能取同一解釋。我國前大理院判例。亦重在須就合夥財產。先受清償。（民國四年上字五六〇號民國五年上字一二六四號民國六年上字二四一號參照）

合夥人之責任屆至期

二　合夥人之責任屆至期　各合夥人必須合夥財產不足清償合夥債務時。對於合夥債務。始負清償之責。且不足清償之事實。既爲債權人請求之條件。亦應由債權人

證明。惟所謂不足清償。其程度若何。解釋應有三種。（一）實在不能說。乃指合夥財產辦償殆盡。事實上已不能清償者而言。（二）計算不能說。乃指計算上合夥財產較少於合夥債務者而言。（三）折衷說。乃指先向合夥請求。未得受清償者而言。以上三說。就我民法第六八一條之文義言之。似以計算不能說爲當。然爲保護債權人計。則宜採折衷說。至於實在不能說。程序繁重。時日遷延。自不足取。

合夥人對於合夥債務負連帶無限責任

三　連帶無限責任　合夥人對於合夥債務。究負何項責任。各立法例。未必一致。日民、法民採分擔無限責任制。德民及我國前大理院判例。採連合分擔無限責任制。【註二】瑞債採連帶無限責任制。（瑞債五四四條三項）我民倣之。亦使合夥人負連帶無限責任。我民法第六八一條。僅規定連帶。並未規定無限者。蓋債務人以負無限責任爲原則。毋庸明定也。所謂連帶。即公司之債權人。關於合夥債務。得對於合夥人中之一人或數人或其全體。同時或先後請求清償全部或一部。（參照二七三條）合夥人中之一人。如被請求全部時。即應爲全部之清償。不得藉口尚有其他合夥人。主張分擔清

償。但合夥之代表權人。與合夥之債權人。曾約定負分擔責任之特約者。其特約仍屬有效。（瑞債五四四條三項但書參照）所謂無限。即合夥財產不足清償合夥財產時。則合夥人應以自己全體財產。對於合夥債權人。負清償合夥債務之責也。

合夥人中之一人向合夥之債權人。爲清償及其他免責行爲後。其他合夥人亦同免其責任。（二七四條參照）在此情形。該合夥人自得按其內部各自分擔之部分。向他合夥人請求償還。（二八〇條至二八二條）

【註二】所謂分擔無限責任。言各合夥人關於合夥債務。僅各就其分擔部分。負清償之責。並不負全部責任。其分擔部分。在日民法。原則上依分擔損失之成數定之。在法民法。原則上平均分擔。又雖各有分擔部分。仍應各以自己全體財產。負清償其分擔部分之責。故稱爲分擔無限責任。（日民六七五條法民一八六二條一八六三條）所謂連合分擔無限責任。大致與分擔無限責任相同。在德民法分擔部分。依損失分配之成數定之。在前大理院判例。分擔部分。依股分之多寡定之。所不同者。即合夥人中如有無力清償其分擔部分者。此部分之債務。應由他合夥人按各自分擔部分之成

數。分擔清償。故稱爲連合分擔。（德民七三五條前大理院判例民國三年上字二九二號）

第三節　合夥人之退夥及加入

退夥及加入與合夥團體之

合夥既爲一種契約。僅在原有當事人間。始可存續。若局外之人。從新加入。或原有合夥人脫離關係。則舊合夥似應消滅。另行成立新合夥。但合夥究與純粹契約不同。有相當之團體性。若偶因脫離或加入。即使合夥團體。全行瓦解。另行組織。匪特違背團體之性質。且有失當事人結合之初衷。故我民法規定退夥及加入。舊合夥人之退夥。不過其個人與他合夥人。消滅合夥關係。新合夥人之加入。亦不過其個人與他合夥人。發生合夥關係。而舊合夥。仍猶存續也。

第一款　合夥人退夥之原因

合夥人之退夥云者。謂合夥人對於合夥。脫離關係。至喪失其合夥人資格也。退

退夥之意義及其原因

夥原因。大別爲二。退夥出於合夥人之意思者。謂之聲明退夥。亦稱爲任意退夥。其一也。退夥非出於合夥人之意思者。謂之法定退夥。亦稱爲非聲明退夥或非任意退夥。其二也。

何謂聲明退夥

一　聲明退夥　聲明退夥云者。謂以一方的意思表示。而終止與他合夥人之合夥關係也。此項聲明退夥權。實爲契約終止權之一種。應向其他合夥人全體以意思表示爲之。（參照二六三條二五八條）若僅向合夥之代表權人爲之者。不生退夥之效力。蓋以合夥之代表權人。僅在事務執行權之範圍內。有代表之權限。（參照六七九條）而受領退夥之聲明。則不屬於事務執行之範圍故也。又聲明退夥。僅因一方的意思表示。即生退夥之

聲明退夥之事由

效力。毋庸經他合夥人之承諾。是以必須有特種事由。始得聲明退夥。以資限制。我民法就得聲明退夥之事由規定如左。

未定存續期間

1　未定存續期間　合夥未定有存續期間。或經訂明以合夥中一人之終身爲其存續期間者。各合夥人得聲明退夥。（六八六條一項本文日民六七八條一項本文德民七二三條前段七二四條）蓋未定存續期間

。猶不許自由脫退。則永受拘束。實屬過刻。其以某合夥人之終身定爲存續期間者。亦因時期久遠。過受拘束。殆與未定存續期間者無異。故許各合夥人均得聲明退夥。但應於兩個月前通知他合夥人。且不得於退夥有不利於合夥事務之時期爲之。（六八六條一項但書同條二項日民六七八條但書）其應先期通知者。蓋使他合夥人得預籌善後之策。否則因此所生之損害。應負賠償之責。其在不利於合夥事務之時期不得退夥者。蓋合夥人之長期拘束。固應解除。而合夥之利益。亦不宜損傷。否則不生退夥之效力。

定有存續期間

2　定有存續期間　定有存續期間者。各合夥人均應遵守期間。在其約定期間。有繼續合夥關係之義務。不得自由聲明脫退。但合夥人如有非可歸責於自己之重大事由時。縱定有存續期間。仍得聲明退夥。（六八六條三項日民六七八條二項德民七二三條中段）

何謂法定退夥

二　法定退夥　法定退夥者。謂遇有法律規定之原因。即生退夥之效力。毋庸經合夥人聲明退夥也。我民法第六八七條所定各款事項。即爲法定退夥之原因。

合夥人之死亡

1　合夥人之死亡　合夥契約之成立。重在合夥人互相信用。其繼承人既難賡續信用。則合夥關係。亦不宜由繼承人繼承。故規定合夥人死亡者。當然退夥。但此項規定。非有關公益。苟契約訂明其繼承人得繼承者。仍可由繼承而爲合夥人。毋庸退夥也。（六八七條一款日民六七九條一款）

合夥人之破產或禁治產

2　合夥人受破產或禁治產之宣告　宣告破產。係因欠缺債務淸償能力。合夥人間。既難仍舊信用。自應當然退夥。至於宣告禁治產。則喪失行爲能力。不能執行合夥事務。亦應當然退夥。（六八七條二款日民六七九條二款三款）但契約定有反對特約者。仍從所定。

合夥人之除名

3　合夥人被開除　合夥人被開除。亦稱爲合夥人之除名。卽由他合夥人之行爲。反乎某合夥人之意思。而剝奪其合夥人資格也。資格既被剝奪。自應當然退夥。（六八七條三款日民六七九條四款）但開除處分。在被開除之合夥人。其物質上及名譽上。均有極大影響。自不許他合夥人。任意擅爲。必須具備法律上三種要件。卽（一）須有

除名之要件

正當理由。（二）應以他合夥人全體之同意爲之。（三）應通知被開除之合夥人是也。（六八八條德民七三七條後段日民六八〇條）所謂正當理由者。卽社會見解上。認爲難使續充合夥人之事由也。例如出資義務終難履行。又如有不正當行爲。妨害合夥之利益等是。所謂應以他合夥人全體之同意爲之者。言必須他合夥人全體一致贊成。始得開除。若有一人反對。卽不生效。至於僅有二人之合夥。不得以此一人。開除彼一人。自不適用開除之規定。又是否得同時開除二人以上之合夥人。不無爭議。竊謂法文旣明定應以他合夥人全體之同意。自難同時開除二人以上。所謂應通知被開除之合夥人者。言雖經他合夥人全體一致贊成。尙難卽生開除之效力。必須更向被開除之合夥人。表示開除之意思。始生開除之效力。【註一】蓋恐其因不知曉。致受意外之損失也。

【註一】　日民第六八〇條但書規定非以其意旨通知被開除之合夥人。則不得對抗其合夥人。此項規定。僅以通知爲對抗條件。並不以爲生效要件。在他合夥人全體一致決議之時。其開除早經生效

。至於我民。則倣德民。以通知爲生效要件。（德民七三七條後段）須經通知之後。開除始得生效。自與日民不同。

第二款 退夥之效力

退夥之效力

合夥人之退夥。無論爲聲明退夥或法定退夥。均係終止與他合夥人之合夥關係。凡終止契約。僅嗣後發生效力。故合夥人自退夥時起。喪失合夥人之資格。稱爲退夥人。不得復干與合夥事務矣。至於退夥前之關係。究應如何處置。則更須有所規定。茲分述於左。

退夥計算

一 退夥人之退夥計算　合夥人原以其合夥人資格。對於合夥財產。享有股分。但退夥人。既因退夥喪失合夥人資格。則原有股分。亦無由繼續享有。自應就合夥財產。實行計算。以確定退夥人股分應有之數。俾退夥人與合夥之原有財產關係。得資結束。故退夥人對於合夥。（即他合夥人）有股分給還請求權。

結算方法

1　結算方法　退夥人與他合夥人間之結算。應以退夥時合夥財產之狀況爲準。（六八九條一項日民六八一條一項）按合夥清算。固在解散之時。但法律既許合夥人中途退夥。自應就退夥時合夥財產之狀況。分別資產與負債。計算損益。並於退夥人與他合夥人間。確定其股分應有之數。即退夥當時合夥財政狀態良好。財產增多。出資之外。尚餘利益。則合夥對於退夥人。其給還股分。除返還出資外。尚應按利益分配之成數。支給所應得之利益。（參照六九七條二項六九九條）若財政狀態欠佳。合夥財產減少。則僅就賸餘財產。比例給還其股分應得之數。（參照六九八條）若損失額數超過合夥財產額數。則退夥人更應按損失分配成數。分擔損失。不特無所給還。反應向合夥給付矣。此項結算。實與解散時之清算。大致相同。其結算以退夥時合夥財產之狀況爲準者。蓋因退夥人與他合夥人間之關係。應於退夥時結束。故以爲確定之標準也。

給還方法

2　給還方法　退夥人之股分。不問其出資之種類。得由合夥以金錢抵還之。（

原則上以金錢抵還

六八九條二項日民六八一條二項）即依上述方法。實行結算。因給還股分、應返還出資或支給利益時。如此等出資或利益。本爲金錢。自得以金錢給還。別無問題。縱令爲金錢以外之物。亦得估計價額。以金錢抵還。毋須給還原物。蓋退夥人雖已退夥。而他合夥人。尙留存合夥團體。以原有合夥財產。共同經營事業。若必須以原物給還。誠恐有礙事業之經營。故定爲不問原來出資之種類若何。而給還股分時。均得以金錢抵還。但此僅爲顧全合夥利益。特別賦與此項權利。並非其義務。是以合夥於以金錢抵還、或仍給還原物。得任意選擇爲之。又退夥人原以其所有物之使用收益權爲出資者。仍得請求給還原物。蓋以其所有物尙係退夥人個人所有故也。

勞務出資股分之給還方法

退夥人原以勞務爲出資者。其退夥時。契約中另有明訂。自依所訂。否則亦準用上述給還方法。以金錢抵還。卽合夥財產超過財產出資總額時。得就超過部分。按照利益分配之成數。以金錢抵還。因超過部分之生。勞務亦與有力也。

計算保留

3 計算保留 合夥事務於退夥時。尙未了結者。於了結後計算。並分配其損益

。（六八九條三項日民六八一條三項）此爲第六八九條一項之特別規定。蓋依上述結算方法。固以退夥時爲準。但尚未了結之事務。無由算定損益。故宜俟其了結時。再行計算。並就其計算結果。補行分配損益也。唯僅該事務之計算。延期保留而已。全部結算。並非因此延期。而合夥人之資格。亦並非因此留存。

退夥人之責任

二　退夥人之責任　合夥人對於合夥債務。原負連帶無限責任。其退夥後。是否仍負責任。即退夥對於合夥債務。究生如何影響。分述於左。

1　退夥後合夥債務　退夥人對於退夥後合夥所負之債務。毫不負責。蓋以退夥人既因退夥喪失合夥人資格。對於嗣後所生合夥債務。自不應負責也。

2　退夥前合夥債務　退夥人對於退夥前合夥所負之債務。仍應負責。（六九〇條）蓋退夥乃嗣後發生效力。並不遡及既往。而退夥前所生合夥債務。在合夥人又原負責任。故不得因退夥而免責也。至於退夥人與合夥（即他合夥人）之內部關係。其退夥結算時。如將合夥債務。扣作概由他合夥人負擔。則退夥人就合夥債務所負責任

。實已由他合夥人承擔。在內部關係。固不負分擔責任。但此項承擔。必須經合夥債權人之承認。然後退夥人對於合夥債權人。始得主張免負責任。（參照三〇一條）【註二】

【註二】前大理院判例謂合夥員於退夥以前之合夥債務。除有特別習慣外。非經他合夥員承任。債權人同意。不得免責。（九年上字九五三號）本書亦採同一見解。

第三款　合夥人之加入

何謂加入

合夥人之加入云者。謂第三人從新加入舊有合夥。而取得其合夥人之資格也。德日民法。雖無明文。而學者解釋。均屬允許。迄至我民法。則更明文規定矣。

加入之手段

一　加入之手段　合夥成立後。非經合夥人全體之同意。不得允許他人加入爲合夥人。（六九一條一項）蓋合夥契約成立之後。復允許他人加入爲合夥人。即係擴充合夥契約之當事人。實爲合夥契約之一部變更。自應經合夥人全體之同意。（參照六七〇條）故加入

舊有合夥。必須加入人與合夥人全體。訂立加入契約。始生加入之效力。

股分之取得

二　加入人之取得股分　加入人既因加入合夥。取得合夥人資格。則對於合夥財產。亦爲公同共有人。當然取得其應有之股分。毋須再有股分轉讓行爲。至其取得股分之成數。苟無特約。應按照其出資額之比例定之。此則與通常情形無異。

加入人之責任

三　加入人之責任　加入爲合夥人者。對於加入前合夥所負債務。與他合夥人負同一責任。（六九一條二項）蓋以加入人既與舊合夥人。同居合夥人之地位。則對於合夥債務。無論發生在加入之前後。均應與舊合夥人。同負連帶無限之責任也。

第四節　合夥之解散及清算

第一款　解散

何謂解散

一　解散之意義　凡足使合夥終結之原因事實。謂之解散。合夥解散時。不得再經

營所營事業。並因了結一切法律關係。須經淸算程序。固與法人解散無異。但法人解散。乃消滅法人之權利能力。而合夥解散。則爲終結合夥契約。使合夥關係。歸於消滅。此則兩者所不同也。

合夥解散與法人解散之異同

二　解散之原因　合夥因左列事項。歸於解散。（六九二條日民六八二條）

解散之原因

1　合夥存續期限屆滿者　此項存續期限。爲合夥契約或嗣後變更契約所訂定。所定期限。既經屆滿。則合夥關係。當然消滅。惟合夥所定期限屆滿後。合夥人仍繼續其事務者。視爲以不定期限繼續合夥契約。（六九三條）

2　合夥人全體同意解散者　合夥之成立。既出於全體之合意。則合夥之解散。自亦得以全體同意爲之。

3　合夥之目的事業已完成或不能完成者　合夥之目的事業。已完成時。目的已達。毋庸繼續。合夥當然解散。若不能完成時。縱繼續經營。毫無成功希望。合夥亦當然解散。

我民法所定合夥解散之原因。固僅有上列三種。但合夥契約或嗣後變更契約。定有其他解散事由者。在所定事由發生時。合夥仍歸消滅。例如定有解除條件時。即因其條件之成就而解散是。又因合夥契約之性質。亦有應歸解散者。例如合夥人僅餘一人是。

第二款　清算

何謂清算

一　清算之意義　合夥之清算云者。謂合夥解散時。因了結一切法律關係所爲之程序也。按合夥之解散。固爲終結合夥契約。使合夥關係。歸於消滅。但合夥內外之法律關係。非因解散。即歸消滅。須更經清算。以了結此等法律關係。即了結現務、收取債權、淸償債務、返還出資、及分配賸餘財產是也。故合夥雖已解散。而其

合夥關係在清算之範圍內仍猶存續

合夥關係。則在淸算之範圍內。應視爲尙猶存續。俾便淸算。須俟至淸算終結。合夥關係。始完全消滅。

清算人之選任

原則上得以合夥契約選任清算人

準則規定

二　清算人之選任　執行合夥清算事務者。謂之清算人。究應選任何人。在合夥人不妨以合夥契約及嗣後變更契約。自由約定。或以事務執行權人爲清算人。或以合夥人中一人或數人爲清算人。又或以第三人爲清算人。均無不可。若當事人間並無特約。則依法律之準則規定。即合夥解散後。其清算由合夥人全體或由其所選任之清算人爲之。（六九四條一項日民六八五條一項）故未以合夥契約選任清算人時。則或由合夥人全體清算。或由合夥人全體另行選任清算人清算。均由合夥人全體任意選擇行之。再其選任清算人時。以合夥人全體之過半數定之。（六九四條二項日民六八五條二項）至於所選任之清算人。是否合夥人。則非所問。

合夥契約選任清算人之辭任解任

合夥人選任清算人之解任

以合夥契約選任合夥人中一人或數人爲清算人者。非有正當事由。並經其他合夥人全體同意。不得將其解任。而清算人自己亦非有正當事由。不得辭任。（六九六條六七四條）蓋既以合夥契約選任。則更動清算人。與變更契約無異。自不許輕易辦理也。至於合夥人所選任之清算人。乃與合夥人立於委任之關係。自得經合夥人全體過半數

之決議。隨時將其解任。我民法以事屬當然。未予明定。

清算人之權限

三　清算人之權限　清算人對內執行事務。對外代表合夥。其地位與事務執行權人無異。惟其權限範圍。則須限於清算耳。故除有特別規定外。關於事務執行權人各規定。以不牴觸清算目的爲限。得類推適用於清算人。

數人爲清算人時。關於清算之決議。應以過半數行之。（六九五條日民六八六條）蓋事務執行權人之執行事務。以共同執行爲原則。以過半數決議爲例外。此項原則。於清算事務之進行。恐有遲滯。故特別規定以過半數決議行之。

清算人之對外代表權

清算人於其清算事務執行權之正當範圍內。當然亦有代表權。（參照六七九條）所得代表之行爲。既非僅限於法律行爲。苟在清算事務執行權之正當範圍。無論訴訟上訴訟外之行爲。均得代表爲之。惟其代表爲訴訟行爲時。究係合夥團體之代表。抑係合夥人全體之代表。不無疑義。竊謂合夥團體。依我民事訴訟法第四一條三項之規定。應解爲有訴訟當事人能力。得以團體名義爲訴訟主體。則清算人代表起訴或受訴

時。亦應解爲合夥團體之代表矣。

清算人之職務

四　清算人之職務　合夥清算人之職務。與法人清算人之職務。大致相同。卽了結現務、收取債權、淸償債務、返還出資。及分配賸餘財產是也。玆分述於左。

1　了結現務　合夥解散當時。前經著手而尚未結束之事務。應將其辦結。（參照四〇條一項一款）倘因辦結上有必要時。雖重爲經營行爲。亦屬無妨。

2　收取債權　公司之債權已屆淸償期者。應卽收取。（參照四〇條一項二款）其附期限或附條件之債權。如有變爲金錢之必要。應卽變賣換現。（參照六九七條三項）

3　淸償債務　合夥財產。應先淸償合夥之債務。其已屆淸償期者。應卽淸償。若尙未至淸償期或在訴訟中者。應將其淸償所必需之數額。由合夥財產劃出保留之。（六九七條德民七三三條一項）以備日後淸償。

淸算結果。合夥財產如較少於合夥債務。不足淸償時。則淸算人應對於各合夥人。按照其分配損失之成數。請求資金。以備淸償債務。

4　返還出資　清償債務或劃出必需之數額後。其賸餘財產。【註一】應返還各合夥人之出資。（六九七條二項德民七三三條二項）若賸餘之合夥財產。不足返還各合夥人之出資者。按照各合夥人出資之比例返還之。（六九八條）茲所謂出資。僅指財產出資而言。若勞務出資。毋庸返還。自不在內。德民關於此點。已明文規定矣。

清償債務及返還出資。以給付金錢爲原則。故爲清償債務及返還合夥人之出資。應於必要限度內。將合夥財產。變爲金錢。（六九七條三項德民七三三條三項）

【註一】　我民既倣德民將返還出資及分配賸餘財產。分別規定。則清償債務後所餘財產。仍爲賸餘之合夥財產。必須返還出資後所餘財產。始爲賸餘財產。故亦宜倣德民。稱爲賸餘之合夥財產。

5　分配賸餘財產　合夥財產於清償合夥債務及返還各合夥人出資後。尙有賸餘者。斯爲賸餘財產【註二】按各合夥人應受分配利益之成數分配之。（六九九條德民七三四條）雖勞務出資之合夥人。亦得一律與受分配。自與返還出資。僅以財產出資之合夥人爲限者不同。

【註二】 賸餘財產之意義。在德日民法。兩不相同。卽在德民法。淸償債務及返還出資後。所餘財產。始謂爲賸餘財產。按照分配利益之成數。分配於各合夥人（德民七三四條）而在日民。則淸償債務後所餘財產。斯爲賸餘財產。按各合夥人出資之價額。分析交還。（日民六八八條二項）至於我民。係倣德民。

第二十章 隱名合夥（七〇〇條以下德商三三五條以下日商二九七條以下）

第一節 總說

隱名合夥之起源

一 隱名合夥之起源 隱名合夥之起源。與兩合公司相同。咸出於公墨達（Commenda）契約。卽在第十世紀意大利各都市。商業漸盛。資產家欲希圖利益。但或以不執行業務。不欲負無限責任。或以有特別身分。不欲負營業人之名。因以金錢或商品。授諸他人。使營商業。而己則受利益之分配。其締結之契約。斯爲公墨達

契約。嗣後推行日廣。漸次發達。其對外獨立成爲法人者。斯爲兩合公司。而仍爲當事人間契約關係者。則爲隱名合夥。於是兩相分化。各有其基礎觀念。故兩合公司與隱名合夥。其起源相同。其經濟上之觀念亦同。惟法律上之性質。則彼此迥異矣。

隱名合夥之法制

二　隱名合夥之法制　外國法中認有隱名合夥者。爲德、日、法、意、比等國商法諸小國商法多採之。或認爲僅與公司相類似。規定於公司之後。如德、意商法是。或認爲公司之一種。規定於公司之中。或認爲與公司有別。規定於商行爲編中。如日商是。至於我國。則以係契約之一種。惟因實質。互相參差。而地位亦不一致。規定於民法債編之中。

第二節　隱名合夥之意義

何謂隱名

隱名合夥云者。謂當事人約定一方（隱名合夥人）對於他方（出名營業人）所經營之事業出資

、而分受其營業所生之利益、及分擔其所生損失之契約也。（七〇〇條德商三三五條一項日商二九七號）分析言之。

隱名合夥人與出名營業人

一　隱名合夥之當事人爲隱名合夥人與出名營業人　隱名合夥之基礎觀念。乃資產家對於他人。供給資本。使經營事業。以受其損益之分配。在此種契約。一方當事人。約對他方所營事業。供給資金。謂之隱名合夥人。而他方當事人。則約以其資金經營事業。謂之出名營業人。所營事業。僅由出名營業人對外爲營業主體。並不以隱名合夥人之名義。此卽出名與隱名所由分也。至於當事人之資格。在我民法。無論出名營業人或隱名合夥人。均無限制。其爲商人或非商人。【註一】以及爲自然人或法人。均無不可。再數隱名合夥人與一營業人。分別訂立隱名合夥契約者。則爲數個獨立之隱名合夥契約。若共同訂立者。仍爲一個隱名合夥契約。

【註一】　考各立法例。因隱名合夥多規定於商法之中。而其當事人遂亦有商人主義與非商人主義之分。商人主義更分爲雙方商人主義與一方商人主義。雙方商人主義云者。謂隱名合夥契約之雙方

當事人。均須爲商人也。南美諸國商法採之。一方商人主義云者。謂出名營業人之一方。必須爲商人也。德日等商法採之。至於非商人主義。乃謂隱名合夥契約之雙方當事人。均毋須爲商人也。我民法採之。此外尙無先例。

隱名合夥人必須約爲出資

二　隱名合夥者隱名合夥人約爲出資之契約也　隱名合夥人必須約爲出資。而其出資。必限於財產出資。蓋勞務出資。因隱名合夥人不能參與合夥事務之執行。（參照七〇四條）無從利用。自不得以爲出資。【註一】至於信用出資。因對外並不以隱名合夥人之名義。無從利用。自亦不得以爲出資。

出資財產權之移屬

隱名合夥人之出資。其財產權移屬於出名營業人。（七〇二條德商三三五條一項後段日商二九八條一項）蓋所營事業。係由出名營業人爲營業主體。而隱名合夥人。僅對其營業。供給資本而已。故出資應成爲隱名合夥人之財產。俾便利用也。至於僅以物之使用權爲出資者。僅其使用權。移屬於出名營業人。而所有權仍爲隱名合夥人所留存。故使用權亦得以爲出資。

【註一】　隱名合夥人之出資。是否限於財產出資。在日商法。明定限於財產出資。（日商三〇四條一〇八條）此外勞務信用之類。自不得以爲出資。德商因無明文。學者解釋。殊不一致。多主張勞務亦得以爲出資。至於我民法。其未明定。同乎德商。學者解釋。亦難免疑義。竊謂隱名合夥人。不以事務執行權人之資格。亦可供給勞務。且查我國習慣。並不共同出名經營。而僅於他人營業加入人身股（即勞務股）者。亦所在多有。雖我民法第七〇二條。規定出資之財產權。應移屬於出名營業人。而勞務出資。在出名營業人亦可取得勞務供給請求權。並非兩相牴觸。又依我民法第七〇一條。隱名合夥得準用合夥之規定。則準用第六六七條二項。亦得以勞務出資。據此論斷。似可採取德國商法學者之多數說。主張隱名合夥人。得以勞務爲出資。但在我民法。隱名合夥契約。以分擔損失爲要件。而勞務出資人。依我國習慣。並未分擔損失。即準用合夥之規定。原則上亦不分擔損失。故本書勉從我國通說。主張不得以勞務爲出資也。

出名營業人必約經營事業

三　隱名合夥者出名營業人約爲經營事業之契約也　出名營業人必須以隱名合夥人之出資。經營事業。且以出名營業人之名義。對外經營事業。並不以合夥之名義。

出名營業人爲營業主體

即出名營業人。爲營業主體。所有營業上之權利或義務。均由出名營業人享有或負擔。而隱名合夥人則就此營業。對外毫不生權利義務之關係。（參照七〇四條二項）至所營事業。因隱名合夥人之出資。意在謀利。必須爲營利事業。是否商業。在所不問。故概以營業稱之。再出名營業人之營業。有於訂立隱名合夥契約之前。原已存在。亦有於訂立隱名合夥契約之時。始行開始。

分受利益及分擔損失爲隱名合夥之要件

四　隱名合夥者隱名合夥人約自營業分受利益及分擔損失之契約也　隱名合夥人對於出名營業人之營業。所以出資者。意在謀利。其營業所生之利益。自必約定分受。既享受利益。亦應負擔損失。則其營業所生之損失。亦自必約定分擔。故分受利益及分擔損失。在我民法。均爲隱名合夥契約之要件。【註二】其分擔損失之責任。

分擔損失以額定出資爲限

僅以額定出資爲限。（參照七〇三條）若約定僅分受利益。毫不分擔損失之契約。因欠缺分擔損失之要件。自不得謂爲隱名合夥契約。僅爲類似之無名契約。得準用隱名合夥契約之規定而已。再約定不問利益之有無。必須分派一定利息之契約。是否仍係隱

名合夥契約。在德日兩國學說。頗有爭論。竊謂約定於分受利益外。更加付利息者。應同時成立隱名合夥及消費借貸兩個契約。若約定僅分派利息者。則非隱名合夥契約。僅成立消費借貸契約而已。

【註二】　德商第三三六條二項。明定在隱名合夥。得約定隱名合夥人不分擔損失。是在德商。雖以分擔損失為原則。但得以特約免除。故分擔損失。非隱名合夥契約必須具備之要件。又在日商。其隱名合夥之法定定義。（日商二九七條）僅規定應分受利益。並未言及應分擔損失。故學者解釋。亦謂分擔損失。非隱名合夥契約之要件。自均與我民法異矣。

隱名合夥契約之本質

五　隱名合夥契約之本質

1　隱名合夥係諾成及不要式契約　隱名合夥契約。僅由雙方當事人之合意。即行成立。既無須待至履行出資。亦非必須作成書面。與兩合公司之成立。須訂立章程者不同。故為諾成及不要式契約。但在通常情形。多以書面定之。

2　隱名合夥係雙務及有償契約　在隱名合夥契約。隱名合夥人負出資之債務。

而出名營業人亦負營業及分配其利益之債務。雙方互負債務。且有交換性質。故爲雙務及有償契約。

3 隱名合夥係有名契約 我民法對於隱名合夥契約。付與一定名稱。並設有特種規定。自係獨立之有名契約。至於外國立法例。因隱名合夥。均規定於商法之中。各該國學者。多於民法有名契約中。擇其稍類似者。強相附會。如法意學者。多謂爲消費借貸之一種。如德國學者。多謂爲合夥之一種。日本學者。以民法之有名契約中。無可歸屬。因謂爲獨立之特別契約。以上諸說。在我民法。均不足採。

合夥與隱名合夥之差異

六 隱名合夥契約並非合夥契約之一種 隱名合夥與合夥。雖同爲契約。復同稱爲合夥。然隱名合夥。並非合夥之一種。兩者實不相同。其差異如左。

1 在合夥契約。合夥之事業。爲各合夥人之共同事業。而在隱名合夥契約。則其事業爲出名營業人經營之事業。隱名合夥人。就此事業。對於第三人。毫無權

義關係。

2 在合夥契約。各合夥人之出資及其他合夥財產。爲合夥人全體公同共有。而在隱名合夥契約。則隱名合夥人之出資。則僅成爲出名營業人之財產。並無所謂公同共有之合夥財產。

3 在合夥契約。各合夥人均須約爲出資。爲契約必要不可缺之要件。而在隱名合夥契約。僅隱名合夥人。須約爲出資而已。若出名營業人之出資。則非契約之要件。

4 在合夥契約。其所營事業。不問營利事業或非營利事業。均無不可。而在隱名合夥契約。則出名營業人所營事業。以營利事業爲限。

5 在合夥契約。分配損益。並非契約必要不可缺之要件。而在隱名合夥契約。則分受利益及分擔損失。均爲契約之要件。

合夥規定

七 合夥規定之準用 隱名合夥雖與合夥不同。然出資以分受利益之情形。初無二

致。故隱名合夥。除其本節有特別規定外。仍準用關於合夥之規定。（七〇一條）

之準用

第三節　隱名合夥之效力

隱名合夥。僅爲契約關係。並非法人。固與兩合公司有別。然兩者起源及經濟上觀念。均屬相同。尚多類似之處。故將隱名合夥契約效力所生法律關係。亦分爲內部關係與對外關係。藉便說明。內部關係者。出名營業人與隱名合夥人間之相互關係也。對外關係者。出名營業人及隱名合夥人對於第三人之關係也。

第一款　內部關係

隱名合夥人之出資義務

一　隱名合夥人之出資義務　隱名合夥人必負財產出資之義務。前經述明。其出資義務。究應何時履行。依契約所定。若未經約定。則出名隱業人。得隨時請求。（參照三一五條）至出資額數之多寡。亦依契約定之。

隱名合夥專由出名營業人執行之

二　執行事務　隱名合夥之事務。專由出名營業人執行之。（七〇四條）蓋出名營業人。既約定經營事業。自負事務執行之義務。且所營事業。爲出名營業人個人之營業。非共同事業可比。亦不容他人干與執行。故營業上事務執行權。專屬於出名營業人。至於隱名合夥人。則不得參與事務執行。即無事務執行權。（參照日商三〇四條一一五條）但出名營業人如變更隱名合夥契約原定之營業方針。或逾越其原定營業之範圍。則涉及變更隱名合夥契約。須先經隱名合夥人之同意。

出名營業人之執行事務。應與處理自己事務。爲同一之注意。（七〇一條六七二條）若有欠缺。斯爲過失。若因此致營業上發生損失。則對於隱名合夥人。應負責任。

隱名合夥之監督權

三　隱名合夥人之監督權　隱名合夥人雖無事務執行權。然既出資謀利。並分擔損失。則經營是否得當。內容有無盈虧。利害攸關。應許監督。故法律特定隱名合夥人得於每屆事務年度終。查閱合夥之賬簿。並檢查其事務及財產之狀態。縱有禁止之特約。仍得爲之。（七〇六條一項德商三三八條一項日商三〇四條一一一條一項）其行使權利之時期。定爲每屆事務

年度終者。蓋以此時必決算損益。並造具損益對照表及財產目錄。最便查閱檢查。且隨時查閱檢查。又恐妨礙出名營業人之營業。故僅於此時。始許行使監督權。如有重大事由。法院因隱名合夥人之聲請。得許其隨時為此項查閱及檢查。(七〇六條二項德商三三八條三項日商三〇四條一一一條二項)毋庸待至事務年度終矣。

損益之計算及其分配

四　損益之計算及其分配　隱名合夥人既約自出名營業人。分受其營業所生之利益。及分擔所生之損失。故出名營業人。對於隱名合夥人。有利益分配之義務。復有損失分配之權利。

計算時期

1　損益之計算時期　出名營業人除契約另有訂定外。應於每屆事務年度終計算營業之損益。(七〇七條一項前段德商三三七條一項前段)故營業損益之計算時期。當事人曾經約定。依其所定。若未約定。則應於每屆事務年度終。即須為之。蓋以為營業事務之結束時期。且隱名合夥人。亦於此時期行使監督權也。所謂營業損益之計算。即以營業現有之資產。減去營業所負之債務。所餘財產。斯為純財產。然後以純財產與

營業財產。（即投諸營業之資本額）兩相比較。其較多者爲利益。其較少者爲損失。

分配成數

2　損益之分配成數　分配損益之成數。曾經約定者。依其所定。若未經約定。則按照出資額與營業財產額之比例定之。（七〇一條六七七條）【註一】

【註一】德商三三六條一項。規定隱名合夥人之損益分配成數。未經約定者。則視爲約以各該情形相當之成數。

利益之分配

3　利益之分配　每屆計算損益時期。如確定有利益。其應歸隱名合夥人之利益。出名營業人應即支付之。（七〇七條一項後段德商三三七條一項後段）若應歸隱名合夥人之利益而未支取者。仍聽隱名合夥人隨時支取。不得認爲出資之增加。但另有約定。則依所定。（七〇七條二項德商三三七條三項）

損失之分配

4　損失之分配　每屆計算損益時期。如確定有損失。其應由隱名合夥人分擔之損失。不過就隱名合夥人之出資額。減去分配之損失額。使其出資額減少而已。縱令出資額減除罄盡。而隱名合夥人亦不另行支給。蓋以隱名合夥人僅於出資之

限度內。負分擔損失之責任也。（七〇三條）

隱名合夥無股分及股分轉讓

五　無所謂股分及股分轉讓　隱名合夥人之出資。其財產權既移屬於出名營業人。（七〇二條）與出資及其他合夥財產爲合夥人全體公同共有者不同。故在隱名合夥。當然無所謂公同共有之合夥財產。而隱名合夥人。因亦無所謂應有部分之股分。既無所謂股分。自亦無所謂股分轉讓。惟隱名合夥人。得將其利益分配請求權及出資返還請求權。依普通債權讓與之規定。予以讓與。

第二款　對外關係

隱名合夥無合夥營業

一　隱名合夥人無代表權　在隱名合夥。其營業乃出名營業人經營之營業。非當事人間共同之營業。自無所謂合夥營業。凡對外與第三人爲交易行爲時。專以出名營業人之名義行之。至於隱名合夥人。關於營業。毫無所謂代表權。但以別種關係。

隱名合夥人無代表權

亦不妨代表出名營業人。例如爲出名營業人之經理人或其他代理人是。

二　對外權義關係　在隱名合夥。其營業既爲出名營業人經營之營業。而對外復專以出名營業人之名義行之。卽出名營業人爲營業主體。凡營業上所生權利。由出名營業人享有。而所生義務。亦由出名營業人負擔。（參照德商三三五條二項）故營業上所負債務。卽爲出名營業人個人之債務。無所謂合夥債務。應由出名營業人自負無限責任。至於隱名合夥人。僅內部出資。並非營業主體。關於營業。毫無對外關係。卽隱名合夥人。就出名營業人所爲之營業上行爲。對於第三人。不生權利義務之關係。（七〇四條二項日商二九八條二項）故隱名合夥人。關於營業上所負債務。對於債權人。毫不負責。僅在內部關係。以額定出資爲限。負出資及分擔損失之責任而已。

對外權義關係

隱名合夥無合夥債務

隱名合夥人對外不負責任

三　隱名合夥人之類似出名營業人責任　營業上債務。僅由出名營業人負無限責任。而隱名合夥人則毫不負責。固如上述。但隱名合夥人如參與合夥事務之執行。或爲參與之表示。或知他人表示其參與執行而不否認者。此則與出名營業人極相類似。足令第三人誤信爲出名營業人。致受意外損害。故爲保護第三人起見。使對於第

隱名合夥人之類似出名營業人責任

三人。仍負出名營業人之責任。即關於營業上所負債務。對於債權人。應負無限責任。縱有反對之約定。亦不得除去。（七〇五條日商二九九條）

第四節　隱名合夥契約之終止

隱名合夥之特別消滅原因

隱名合夥既爲契約。自得依契約之一般消滅原因。歸於消滅。然法律更規定其特別消滅原因。

聲明終止即退夥

一　聲明終止　聲明終止。在我民法。稱爲聲明退夥。謂隱名合夥契約之當事人。得以其一方意思表示。終止契約也。即隱名合夥未定有存續期間。或經訂明以當事人中一人之終身爲其存續期間者。當事人任何一方。均得聲明終止契約即退夥。但應於兩個月前。通知他方當事人。並不得於不利於營業之時期爲之。再隱名合夥。縱定有存續期間。如當事人有非可歸責於自己之重大事由。仍得隨時聲明終止契約即退夥。（七〇八條前段六八六條）

二　當然終止　隱名合夥契約。因左列事項之一。當然終止。無須當事人聲明也。

（七〇八條後段）

1　存續期間屆滿者

2、　當事人同意者

3　目的事業已完成或不能完成者

4　出名營業人死亡或受禁治產之宣告者　隱名合夥契約之訂立。多注重出名營業人之經驗與手腕。若已死亡或喪失行爲能力。契約自難存續。至於隱名合夥人。僅注重其出資。並不注重其人。雖有死亡或受禁治產宣告情事。於契約存續。毫無影響。故不以爲終止契約之原因。

5　出名營業人或隱名合夥受破產之宣告者　隱名合夥之訂立。以雙方互相信用爲基礎。苟有一方宣告破產。則信用既失。自難存續。

6　營業之廢止或轉讓者　在隱名合夥。出名營業人。固有經營營業之義務。不

得任意廢業或轉讓。但違背此義務時。隱名合夥人僅得請求損害賠償。不可強行禁止。故以廢業或轉讓爲終止契約之原因。

終止之效果

三　終止之效果　隱名合夥契約終止時。出名營業人應返還隱名合夥人之出資。如營業之純財產。較多於營業財產。斯有利益。則於返還出資外。更須按照利益分配之成數。給與應得之利益。但出資因損失而減少者。僅返還其餘存額。（七〇九條日商三〇三條）又隱名合夥人之出資返還請求權。乃對於出名營業人之普通債權。別無優先受償之效力。故出名營業人破產時。仍與其他債權人。居於同一順位。就破產財團。請求清償而已。

第二十一章　證券

第一節　總說

證書與證券之區別

一　證書與證券　凡私法上之書據。大別爲二。證書及證券是已。前者用以證明權利或法律事實之存否。如借據、田房契、婚書之類是。後者不僅用以證明。且表彰權利。其書據之存否。於權利之效力。至有影響。如銀行兌換券、票據、倉單、提單、公債票、股票之類是。故證書雖有滅失。而實體的權利。毫不因此變更減少或消滅。唯於權利之存在。證明困難而已。至於證券。因係權利效力不可缺之要件。若有滅失。則權利效力。雖依證券之性質。各有等差。然至少必有一部分不能發揮。要之凡在證書。其書據與權利。僅有證據法上證明關係。若夫證券。則書據與權利。有私法上效力有無強弱之關係。此卽兩者所以區別也。

何謂有價證券

二　有價證券之意義　有價證券(Wertpapier)一語。在我民法。不少概見。然法律上既無法定定義。而學者主張。亦不一致。【註二】據予所信。有價證券云者。謂表彰財產權之證券。其權利之利用與證券之占有。在私法上有不可分離之關係。至少權利之移轉。必須有證券之移轉者是也。分析言之。

1　表彰財產權之證券　有價證券爲證券中之一種。且極重要。至其表彰之權利。必爲財產權。若無財產上價格者。則不得謂有價證券。

證券即權利之化身

2　權利與證券之關係　有價證券所表彰之權利。稱爲證券上權利。其證券上權利之利用。與證券（即指書據而言）之占有。在私法上有不可分離之關係。然權利之利用與證券之占有。其彼此牽連關係。在各種有價證券。各有等差。例如票據。其票據上權利之發生也。須作成證券。其票據上權利之移轉也。須交付證券。其票據上權利之行使也。須提示證券。由是觀之。票據上權利之發生、移轉、及行使。並不以證券之存在爲前提。其權利與證券。若形影相隨。不可分離。權利即證券。而證券亦即權利。兩者化爲一體。此可謂爲極完全之有價證券矣。

有價證券所表彰之權利。既爲財產權。而權利與證券。復化爲一體。是經濟的價值之無形權利。化爲有形證券。此即所以稱爲有價證券也。

3　有價證券之範圍　有價證券之根本觀念。固在權利與證券化爲一體。然有價

證劵之術語。沿用未久。而範圍亦廣狹難定。即如多數學者。雖主張記名股票及記名公債票。亦爲有價證劵。而少數學者。則謂凡屬指名證劵。均非有價證劵。且在記名股票及記名公債票。證劵上權利之發生。並非因作成證劵。而其行使。非必須占有證劵。以權利與證劵化爲一體之理論言之。亦似難貫徹。多數學者仍稱爲有價證劵者。蓋以權利之發生、移轉、行使三者之中。至少必有其一以證劵之占有爲必要也。此項有價證劵。通常以不完全之有價證劵稱焉。予所舉定義。謂至少權利之移轉。必須有證劵之移轉者。亦即聲明此義。俾得囊括一切有價證劵也。

【註一】 有價證劵一語。肇自德舊商法。日商倣之。然法律上既無法定定義。而學者所主張之意義及範圍。亦頗紛歧。又除德日兩國外。其他諸國亦無恰當之文字。法商所稱 Effets de Commerce。乃指金錢之債構證劵而言。（法商四四六條五七四條）論其意義。不僅較德商之有價證劵爲狹。即較所謂商業證劵（Handel Spapier）亦狹。又英美法所稱流通證劵(Negotiable Instrament)乃

得以背書或交付而轉讓之證券。論其意義。亦較有價證券爲狹。

有價證券之分類

三　有價證券之分類　有價證券得依各種標準。分爲數類。茲敍述通常分類。並將類似有價證券之異同。附帶說明焉。

物權證券債權證券及團體證券

1　物權證券、債權證券及團體證券　此項分類。乃以權利之性質爲標準。物權證券。亦稱爲物權的證券。卽謂證券與物權。化爲一體。其證券之轉讓及交付。視同物品之轉讓及交付。因注重交付。或以交付證券稱之。如倉單、提單、載貨證券之類是。債權證券。亦稱爲債權的證券。卽謂表彰債權之有價證券。如票據是。團體證券。亦稱爲股東權的證券。卽謂表彰股東權之有價證券。如股票是。

金錢證券物品證券及有價證券證券

2　金錢證券、物品證券及有價證券證券　此項分類。乃以權利之標的爲標準。金錢證券。謂以金錢爲標的之有價證券。如票據是。物品證券。謂以金錢以外物品爲標的之有價證券。如倉單、提單是。有價證券證券。謂以有價證券爲標的之有價證券。如指示給付有價證券之證券是。（參照七一〇條一項）

指名證券指定證券及無記名證券

3　指名證券、指定證券及無記名證券　此項分類。乃以指定證券權利人之方法爲標準。指名證券。謂證券上僅記載特定權利人之證券。通常亦稱爲記名證券。僅可依在指名證券。僅得向證券上所載特定權利人爲淸償。故不得以背書轉讓。僅可依普通債權轉讓之方式及效力以轉讓之。指定證券。謂證券上記載權利人姓名并附加所指定人字樣之證券。在指定證券。既得向證券上所載權利人淸償。亦可向其所指定人淸償。自得以背書轉讓。在通常情形。證券上必須曾經附加指定文句。始有指定證券之性質。得以背書轉讓。然票據、倉單、提單等證券。雖原爲記名式。並無指定文句。亦認爲有指定證券之性質。得以背書轉讓。此之謂背書性。亦稱爲當然之指定證券。或法律之指定證券。無記名證券。謂證券上未記載權利人姓名之證券。此外尙有記載來人字樣者。亦爲無記名證券之一種。在無記名證券。以向持有人淸償。自應交付轉讓。毋庸背書。要之指名證券。以普通債權轉讓方法轉讓。指定證券以背書轉讓。無記名證券以交付轉讓。故亦有主張此項分

類。應以權利轉讓之方法爲標準也。

文義證券及實質證券

4　文義證券及實質證券　此項分類。乃以證券上權利之內容及範圍。是否取決於證券上文義爲標準。文義證券。亦稱爲形式權的證券。謂善意第三人。其取得權利。應以證券上文義爲準。縱令當初表示。果有記載遺漏或記載不符之實情。亦不得以補充或變更證券上之文義也。實質證券。亦稱爲實質權的證券。謂證券上權利。應以實際上表示者爲準。若當初果有記載遺漏或記載不符之實情。即得補充或變更證券上文義。縱令善意第三人取得證券時。仍得對抗之。至所以爲文義證券者。蓋以保護善意證券持有人。而獎勵證券之流通也。如票據是。

要因證券及不要因證券

5　要因證券及不要因證券　此項分類。乃以權利人主張其權利。應否證明其權利成立原因爲標準。要因證券。謂證券上權利人之主張權利。必須證明所以成立之原因也。不要因證券。謂證券上權利人之主張權利。毋庸證明所以成立之原因也。凡人之爲法律行爲也。必有一定之目的。其所以爲此行爲之目的。斯爲原因

。惟主張所生之權利。其原因何在。及是否適法。應否證明。始有要因與不要因之別。故通常權利。多爲要因權利。而通常證券。自亦多爲要因證券。至所以成爲不要因證券者。蓋亦以保護善意證券持有人。而獎勵證券之流通也。亦如票據是。

要式證券及不要式證券

6　要式證券及不要式證券　此項分類。乃以應否具備法定方式爲標準。要式證券。謂證券上須記載法定事項。始附以法律上一定效力之證券也。不要式證券。謂證券上事項。任由當事人記載。毋庸具備何等方式之證券也。至所以成爲要式證券者。蓋務求整潔簡明。以便辯別。並易流通也。

完全有價證券及不完全有價證券

7　完全有價證券及不完全有價證券　此項分類。乃以權利與證券相牽連之等差爲標準。完全有價證券。亦稱爲絕對有價證券。謂權利之利用與證券之占有。絕對不可分離者也。不完全有價證券。亦稱爲相對有價證券。謂權利之利用。僅其中某一部分。須以證券之占有爲必要者也。

8　本證劵與屬證劵　此項分類。乃以證劵是否獨立為標準。本證劵云者。謂獨立之證劵。別無所附麗者也。屬證劵云者。謂他種證劵之所屬部分也。如公債票之息票是。

（本證劵與屬證劵）

9　流通證劵與有價證劵之異同　流通證劵云者。謂得以背書或交付而轉讓之證劵也。此項術語。肇自英美法。因證劵轉讓方法。易於輾轉流通。故稱為流通證劵。凡流通證劵。必為文義證劵及提示證劵。文義證劵。乃以奬勵流通。前經述明。茲不再贅。提示證劵云者。謂權利人須向義務人提示證劵。始得主張證劵上之權利也。蓋流通證劵。輾轉讓與。權利人之變動無常。若非權利人提示。義務人難知權利人為何人。無由行其清償。必須待權利人之提示。故流通證劵。必為提示證劵。

（流通證劵與有價證劵之異同）

（提示證劵）

流通證劵。固必為有價證劵。否則無可流通。但有價證劵之範圍。較廣於流通證劵。亦有非流通證劵者。例如禁止轉讓之票據。（票據法二七條一項參照）固仍為有價證劵

非復流通證券是。

商業證券與有價證券之異同

10　商業證券與有價證券之異同　商業證券云者。謂當作商品交易之有價證券也。故商業證券。固必爲有價證券。但有價證券之範圍。較廣於商業證券。亦有不能當作商品交易之證券。在其中也。

設權證券與有價證券之異同

11　設權證券與有價證券之異同　設權證券云者。謂由作成證券而創設權利者也。有價證券中。固有爲設權證券者。例如票據非作成證券。則票據上權利無由發生是。但多數有價證券。非設權證券。例如股票、公債票、倉單、提單等類。均係先發生權利。然後作成證券以表彰之者是。故有價證券可分爲設權證券及非設權證券二種。

設權證券。亦有以與證權證券對比分類者。然所謂證權證券。即非設權證券。並不僅供證明之用。此項分類。易招誤解。本書不採之。

免責證券

12　免責證券與有價證券之異同　免責證券云者。謂債務人苟對證券持有人。履

與有價證券之異同

行其債務。卽可免責。至於持有人是否眞正權利人。則無調查之義務也。若就持有人之方面言之。卽證券持有人僅因持有證券。卽有領受履行之資格。其是否眞有領受之權利。在所不問。故亦以資格證券稱焉。

有價證券。多爲免責證券。卽指定證券。固爲免責證券。（票據法六八條二項並參照民法三一〇條款德商三六五條日民四七六條日商四六四條二八二條）又爲無記名證券。亦爲免責證券。（七二〇條二項德民七九三條一項後段）但一切有價證券。非必盡爲免責證券。而免責證券。亦非必爲有價證券。

我民法上債權證券之規定

四　我民法上債權證券之規定　有價證券中之債權證券。最重要者。首推票據。各立法例。咸爲專設票據法規。以資適用。至於其他債權證券。各立法例。亦多設有規定。

各立法例或着眼債權方面或着眼證券方面

惟法律規定及學者說明。或着眼證券所表彰之債權方面。用指示債權無記名債權等名稱。或着眼表彰債權之證券方面。用指示證券無記名證券等名稱。例如日民着眼債權方面。規定指示債權及無記名債權。（日民四六九條至四七三條）而日商則着眼證券方面。其規定以證券爲主。（日商二七八條至二八二條）又如德民節目。雖稱爲指示債權及無記

名債權。（德民第二編第七章第二十一節第二十二節）而其法條則着眼證券方面。用指示證券及無記名證券之名稱。（德民七八三條至八〇八條）德商規定。亦着眼證券方面。用證券之名稱。（德商三六三條至三六五條）又如瑞債。純粹着眼證券方面。其章目及法條。均用指示證券及無記名證券之名稱。（瑞債第三編第三十一章第三十二章卽八三八條至八五〇條）要之債權證券。既爲有價證券。宜發揮其權利與證券化爲一體之化體性。俾鞏固信用。容易流通。故法規規定。自應着眼證券方面。日民規定着眼債權方面。致民商二法。主義兩歧。該國學者。咸多貶詞。

我民着眼證券方面

我民法第二編第二章第二十節。規定指示證券。第二十一節。規定無記名證券。其節目逕用指示證券及無記名證券名稱。係倣瑞債。而法條內容。則倣德民。可謂純粹着眼證券方面。符合現代立法之精神。惟我國採民商統一主義。與德國民商分立者不同。今僅採德民規定。而遺漏德商規定。適用不足。甯免小疵。

我民法上債權證券之性質

五　我民法上債權證券之性質　我民法所定指示證券及無記名證券。其表彰之權利。均在爲給付。（參照七一〇條一項七一九條）自均爲表彰債權之債權證券。據其共同性質言之。

此項債權證券。乃作成證券。創設債權。並易於轉讓之不要因有價證券也。故我民法上之債權證券。必有左列性質。

1　須爲設權證券　即無論指示證券或無記名證券。均須作成證券。然後證券上之權利。始能發生也。

2　須爲流通證券　即指示證券。除禁止讓與者外。得以背書轉讓。（參照七一六條一項）而無記名證券。因占有證券之持有人。即爲權利人。自得以交付轉讓。兩種證券。自均爲流通證券。蓋以債權證券。原在輾轉流通。以收經濟上之效益。輾轉愈多。效益愈大。故宜爲流通證券。使易於轉讓。以此結果。尚更有左列性質。

甲　須爲文義證券　凡流通證券。必爲文義證券。指示證券及無記名證券。既均爲流通證券。自亦均爲文義證券。即在善意證券持有人。其取得權利之內容及範圍。應以證券上文義爲準。縱令當初表示果有記載遺漏或記載不符之實情。亦不得以補充或變更證券上文義。故債務人不得據以對抗善意持有人。仍應

依證券上文義。以爲履行。蓋外表易知。實際難曉。若以實際爲準。易受意外損害。一般之人。必不敢收受證券。有礙流通。故捨實際而重外表。以證券上文義爲準。

乙　須爲提示證券　凡流通證券。必爲提示證券。指示證券及無記名證券。既均爲流通證券。自亦均爲提示證券。其權利人必須向債務人提示證券。始得行使權利。而債務人亦須俟債權人之提示。始應盡履行之責。故此等證券上之債務。屬於索取債務。卽債權人須向債務人之營業所或住所索取其債權。【註二】對於一般債務。應爲詣償債務之原則。(參照三一四條二款)適成反對例外矣。再此等證券上之債務。既爲索取債務。則證券上定有確定到期日時。苟債權人不來索取。雖期限屆滿後。債務人亦不負遲延責任。此亦與一般確定期限債務應自期限屆滿起負遲延責任者不同。(參照二二九條一項)

【註二】　日商二七八條二項。規定指示債權及無記名債權之清償。須在債務人之現時營業所爲之

。若無營業所。則須在其住所爲之。此乃明定爲索取債務。我民法雖無此項明文。然據第三一四條本文所謂依債之性質。亦應採同一之解釋。

3　須爲不要因證券　即在指示證券及無記名證券。其權利人僅據證券上之證券關係。即得主張其權利。毋庸證明其權利所由發生之原因。自均爲不要因證券。蓋原因何在及是否適法。不易調查。更難證明。若須證明。則權利人必常因此敗訴。而證券收受。亦必遲疑。有礙流通。故爲保護善意持有人及獎勵流通。應以爲不要因證券。但此乃以保護善意持有人。若直接當事人間及惡意持有人。則債務人仍得以原因對抗之。

4　須爲有價證券　即指示證券及無記名證券所表彰之權利。均爲財產權。而其權利之發生移轉及行使。亦均以證券之占有爲要件。自均爲有價證券。故我民法所定債權證券。乃有價證券中之一種。

六　我民法上債權證券之證券行爲　證券行爲云者。以發生證券關係爲標的之要式

債權證券之證券行爲

法律行爲也。證券行爲之種類。在無記名證券。固僅有發行一種。而在指示證券。則有發行、承擔、背書三種。發行云者。謂因創設證券關係作成證券並交付之行爲也。背書云者。乃記載轉讓意旨並交付之行爲也。承擔云者。以表示給付證券上標的物所爲之行爲也。至其方式。我民法雖無規定。而各種證券行爲。須經行爲人簽名。則爲共同方式矣。凡在證券上簽名以爲證券行爲。必發生某種證券關係。即如指示證券之承擔人。（被指示人承擔後即稱爲承擔人）及無記名證券之發行人。因爲承擔或發行行爲。而負給付義務。又如指示證券之發行人。（即指示人）及其背書人因爲發行或背書行爲而創設或移轉債權證券。

證券行爲之性質

證券行爲在法律行爲中。究爲契約。抑係單獨行爲。即其性質若何。亦如票據理論。頗多爭議。竊謂債權證券。輾轉流通。其持有人常多不定。是以行爲人簽名證券上。以爲證券行爲。乃對於不特定之持有人。均爲意思表示。無須得其承諾。亦無由得其承諾。自非契約。而爲單獨行爲也。

證券行爲所生證券關係。均爲債的關係。自係債權行爲。然證券行爲之完成。亦有須有物權行爲者。物權行爲維何。移轉證券所有權之交付物權契約是已。卽在承擔行爲。固僅提示證券。請求簽名承擔。不生證券所有權移轉問題。但在發行行爲及背書行爲。則必須交付證券。始告完成。自應兼有物權行爲矣。

基礎關係

七　我民法上債權證券之證券關係與其基礎關係　證券關係者。證券行爲所生之關係也。基礎關係者。所以爲證券行爲之關係也。更大別爲二。（一）爲證券授受人間之關係。卽所以授受證券之基礎關係。此爲原因關係。或以證券之授與。常須受對待給付。亦稱爲兌償關係。例如買賣、貸與、贈與、清償舊債等是。（二）爲指示人與被指示人間之關係。卽被指示人所以承擔之關係也。例如被指示人自指示人受有底款、底貨。或被指示人對於指示人。原負債務。因以清償。或指示人與被指示人曾預定信用契約等是。我民法使基礎關係與證券關係。兩相分離。不及影響。

基礎關係與證券關係之分離

蓋債權證券。利在輾轉流通。須確定證券之不要因性及文義性。使權利人僅據證券

關係及證劵上文義。即得主張權利。不受基礎關係之影響。然後第三人。始毋庸調查當初基礎關係。而安心收受證劵也。惟基礎關係中之原因關係。在直接當事人間及惡意持有人。仍得以對抗之。

第二節 指示證劵（七一〇條以下德民七八三條以下日民四六九條以下瑞債八三八條以下）

第一款 指示證劵之意義

指示證劵可分為金錢證劵有價證劵證劵物品證劵三種

指示證劵（Orderpapier, titre a order, order paper）云者。謂指示他人。將金錢、有價證劵或其他代替物。給付第三人之證劵也。（七一〇條德民七八三條前段）分析言之。

一、指示證劵乃給付金錢有價證劵或其他代替物之證劵　指示證劵之內容。在給付金錢、有價證劵或其他代替物。其給付金錢者。為金錢證劵。凡金錢證劵。除具備票據要件。應為票據者外。皆為指示證劵。其給付有價證劵者。為有價證劵證劵。

蓋有價證券。多當作商品交易。故得由指示證券而給付也。其給付金錢有價證券以外之代替物者。爲物品證券。蓋代替物在一般交易上。僅着眼其物之種類、品質、數量。並不着眼其個性。以爲證券上債權之標的物。履行較易。最便流通。而不代替物。則在一般交易上。着眼其物之個性。不得以他物替代。若以爲證券上債權之標的物。履行較難。不便流通。故規定得由指示證券而給付者。以代替物爲限。據上所述。指示證券自可分爲金錢證券、有價證券證券、物品證券三種。

指示證券之意義

二　指示證券乃指示他人向第三人給付之證券　指示證券。乃指示他人將金錢有價證券或其他代替物給付第三人。其爲指示之人。稱爲指示人。其被指示之他人。稱爲被指示人。其受給付之第三人。稱爲領取人。（七一〇條二項參民七八三條後段）所謂指示他人給付。乃表示委託他人給付之意旨。故指示人（即發行人）並非約由自己給付。乃表示委託他人給付。自己自不負給付義務。僅在證券上表示託由被指示人給付而已。就此關係言之。指示證券。實與票據中之匯票支票。同爲委託證券（Anweisung）矣。

第二款　指示證券之發行

指示證券發行之意義

一　發行之意義　指示證券之發行云者。謂因創設指示證券上證券關係。作成指示證券並交付之行爲也。故指示證券之發行。必須由指示人。（卽發行人）以創設證券關係之目的。作成證券。（卽指卅據而言）並爲移轉證券所有權起見。將該證券交付於領取人。然後發行行爲。始臻完成。而指示證券。亦始得有效。

指示證券發行之方式

二　發行之方式　發行指示證券而作成證券時。其證券上究應記載何等事項。卽指示證券之發行方式若何。我民法上固無規定。但據第七一〇條之解釋言之。必應記載左列事項。此等事項爲發行要件。必須具備。否則指示證券無效。

1　給付之標的物　證券上應載明所應給付之標的物。而其額數亦必一定。若標的物未載明。或額數不確定。則指示證券無效。蓋以有礙流通。且不便行使也。

2　被指示人之姓名　被指示人。乃指示人表示託其給付之人。在指示證券上。

載其商號。

爲重要之當事人。故被指示人之姓名。應記載於證券上。如係營業主體。亦可記載其商號。

3　領取人之姓名　指示證券爲一種債權證券。領取人即其最初之債權人。故證券上不可不記載之。而其記載則以姓名或商號。再指示證券既須記載領取人姓名。而指示證券之讓與。復限以背書方法。（參照七一六條二項）則指示證券。自不得以無記名式發行矣。

被指示人原不負給付義務

4　指示給付之意旨。指示人。（即發行人）乃指示他人給付。即表示託由被指示人給付。故應於證券上記載其意旨。再此項委託給付之表示。僅爲指示人之一方的意思表示。被指示人是否知情。且非所問。毋庸經其承諾。更不待言。以性質論。自係單獨行爲。不過對於被指示人。授與得代爲給付之資格。故指示證券發行之初。指示人雖在證券上表示託由被指示人給付。而被指示人對於領取人。並不負給付義務。

5　指示人之簽名　指示證劵既爲指示人所發行。自應在證劵上簽名。

以上各事項。爲指示證劵發行不可缺之要件。此外給付地（即清償地）給付日（即清償期）等項。應否記載。悉聽其便。如未記載給付地。以被指示人營業所住所所在地爲給付地。如未記載給付日。則視爲即時債務見劵即付。（參照三一五條）茲更就指示證劵之通常樣式。例示如左。

> 憑票祈交
> 義成寶號或所指定人煤油壹千箱期訂民國二十二年十月十五日備
> 交此據
> 亞細亞煤油公司台照
> 中華民國二十二年七月五日
> 信昌洋行

據上列樣式。信昌洋行爲指示人。亞細亞煤油公司爲被指示人。義成號爲領取人

指定文句非指示證券發行之要件

。其下附加之或所指定人字樣。則爲指定文句。(Orderklausel, Clause a order)按記名式證券。卽僅記載特定權利人姓名之證券。通常爲指名證券。不得以背書轉讓。必須權利人姓名之下。有指定文句。始爲指定證券。得以背書轉讓。又或法律上規定具有背書性。如票據、提單等證券。雖記名式。並無指定文句亦爲當然指定證券。仍得以背書轉讓。我民法上指示證券。既未明定須記載指定文句。而又規定得以背書轉讓。(參照七一六條)則亦爲當然指定證券。雖記名式。仍以背書轉讓。故記載指定文句卽附加或所指定人字樣。非指示證券發行不可缺之要件。

指示證券發行之效力

三　發行之效力　指示人乃表示託由被指示人給付。自己並不負給付義務。且因未規定票據法上之追索制度。(票據法八二條以下)又不負票據法上所謂承擔及給付之擔保責任。縱令嗣後被指示人拒絕承擔或給付。而領取人對於指示人。亦不得追索。【註一】惟指示人既在證券上記載託由被指示人給付。顯係以其一方的意思表示。發生委託給付債務。【註二】若被指示人拒絕承擔或給付。則委託給付債務。斯爲債務不履行

被指示人拒絕承擔或給付時指示人負債務不履行之責任

。故指示人應依債務不履行之規定。負損害賠償責任。由立法論言之。仍宜明定使負承擔及給付之擔保責任。始足增高證券信用。獎勵輾轉流通。俾指示證券。得發揮其經濟上之效益也。

【註一】 按追索權爲票據法上之特別制度。專適用於票據。我民法上既未規定準用。自不得解爲負承擔及給付之擔保責任。德日民商法。關於指示證券。其被指示人拒絕承擔或給付時。其發行人（即指示人）應負何項責任。亦無規定。學者討論。亦不多見。偶有論及者。均謂不準用票據法上之追索制度。至於瑞士債務法。則更明定關於票據追索權之規定。不適用於指示證券矣（瑞債八四一條一項中段八四五條一項）

【註二】 按債之發生原因。固以契約爲原則。但單獨行爲。於法律有明文規定時。亦得爲債之發生原因。茲據指示證券之規定言之。指示證券乃所以創設證券上債權。而所載委託給付之表示。復出於指示人之一方的意思。故解爲此項單獨行爲。應發生委託給付債務。

指示證券

四 指示證券之發行與原有債務 指示人對於領取人。原負債務。因交付指示證券

。以清償原有債務時。究係指示證券與原有債務。兩相併存。新交之證券。不過確保原有債務。（亦稱爲確保力）抑或原有債務。因證券之交付。卽歸消滅。（亦稱爲消滅力）茲據我民法規定言之。

之發行與原有債務

我民法上認有確保力

1 確保力　指示人爲淸償其對於領取人之債務。而交付指示證券者。其債務於被指示人爲給付時消滅。（七一二條參民七八八條）是卽明定指示人雖以淸償原有債務之目的。交付指示證券。而新交之證券。不過確保原有債務。在證券未實現結果以前。原有債務。仍不消滅。兩相併存。蓋恐新交之證券。不幸毫無結果。而原有債務。又已消滅。必至債權人（卽領取人）兩無所得。且認有消滅力。則原有債務所附隨之擔保違約金等。必隨而消滅。在債權人亦甚不利。故僅認有確保力。必須新交之證券。實現結果。卽被指示人已爲給付時。然後原有債務。始歸消滅。

併存時行使之先後

2 行使之先後　指示證券與原有債務兩相併存時。債權人應先就指示證券行使。蓋指示證券之交付。不僅確保原有債務。且因較易行使。自應先就指示證券行

使。不得先就原有債務行使。故法律明定債務人領受指示證券者。不得請求就原有債務爲給付。（七一二條二項本文）但債權人先就指示證券行使。如無結果。自仍得就原有債務行使。故法律又明定於指示證券所定期限內。其未定期限者於相當期限內。不能由被指示人領取給付者。仍得請求指示人就原有債務爲給付。（七一二條二項但書）

間接給付契約

3 間接給付契約 指示證券之發行。固爲單獨行爲。而交付所發行之指示證券。以清償原有債務。則爲間接給付契約。【註三】必須債權人有明示或默示之受領意思。始得認爲已經承諾。此第七一二條二項前項所謂債權人受領指示證券者是也。債權人明示表示意思而受領者。固成立間接給付契約。又債務人以清償債務之要約。送來指示證券。而債權人收到日久。別無表示者。足認爲默示承諾。亦應成立間接給付契約。故法律明定債權人不願由債務人受領指示證券者。應即時通知債務人。（七一二條三項）否則視爲默示承諾。應成立間接給付契約矣。

【註三】 間接給付云者。乃於舊債務之原給付外。另定他種新給付。使兩相併存。藉以確保舊債

務。必須新給付實現結果。然後舊債務始歸消滅。此我民法第三二〇條所定者也。自與我民法第三一九條所定代物清償不同。蓋代物清償。乃以他種新給付替代原給付。非兩相併存也。惟間接給付或代物清償。均須債權人有受領之承諾。始得生效。故均爲契約。

第三款 指示證券之承擔

一 承擔之意義 承擔云者。謂被指示人表示依指示人所指示。(即證券上所載文義)而給付證券上標的物之證券行爲也。此種意思表示。不僅對於領取人。而對於嗣後證券受讓人。亦均有效力。故應認爲被指示人之一方的意思表示。而承擔行爲。亦應認爲單獨行爲矣。【註一】

【註一】 按指示證券之承擔。與民法第二編第一章第五節內所謂債務之承擔。名稱雖同。而性質則異。蓋債務之承擔。乃以當事人之意思表示。移轉既存之債務。而指示證券之承擔。乃以被指示人之意思表示。發生無爲給付之新債務。並非將指示人之委託給付債務。移轉於被指示人。且債務

之承擔。乃出於債權人與新債務人之契約（參照三〇〇條）或舊債務人與新債務人之契約。（參照三〇一條）而指示證券之承擔。則爲單獨行爲。故謂兩者之性質不同。

承擔之方式

二　承擔之方式　被指示人爲承擔行爲時。其方式若何。我民法雖無規定。然指示證券爲文義證券。就此性質言之。自應在證券上記載依指示而爲給付之意旨。並在證券上簽名。（參照德民七八四條二項）至少限度。亦應簽名。

承擔在使被指示人負給付義務

三　承擔之效力　被指示人向領取人承擔所指示之給付者。有依證券內容而爲給付之義務。（七一一條一項德民七八四條一項前段）此即規定被指示人爲承擔後。即依證券上文義。負給付義務。蓋指示人發行證券時。被指示人僅因此取得代爲給付之資格。並不負給付之義務。嗣後給付與否。任由被指示人隨意決之。在領取人自難安心。若定有期限。更深懸念。且證券流通。亦感困難。故特設承擔制度。使領取人得向被指示人提示證券。請求承擔。苟經承擔。則被指示人變爲承擔人。至負給付之義務。俾領取人既得安心。而證券亦便流通也。

承擔須於給付日期前爲之。始有實益。若已屆給付日。則可逕行請求給付。毋庸請求承擔矣。德民七八九條前段規定被指示人於給付日期屆至前拒絕承擔者。是卽間接明認承擔應於給付日期前爲之。我民法雖無此項明文。似宜作同一解釋。

基礎關係與承擔關係之分離

四　基礎關係與承擔關係　茲所謂基礎關係。爲指示人與被指示人間之關係。卽被指示人所以承擔之關係。前經述明。此項基礎關係。與承擔關係。兩相分離。不及影響。被指示人有無給付義務。純以自己曾否承擔爲斷。與基礎關係無涉。卽（1）被指示人雖與指示人間。原有基礎關係。並非當然負證券上給付義務。領取人自不得因此強求被指示人承擔或給付。故法律明定被指示人雖對於指示人負有債務。無承擔其所指示給付或爲給付之義務。（七一三條一項德民七八七條一項）仍得拒絕承擔或給付。惟被指示人已向領取人爲給付者。就其給付之數額。對於指示人。免其債務。（七一三條二項德民七八七條二項）蓋以被指示人既因指示證券之發行。取得代爲給付之資格。自得於指示人之計算而爲給付也。（2）被指示人苟經承擔。卽負給付義務。不得以現無基礎關係

爲理由。而拒絕給付。

被指示人對於指示證券拒絕承擔或拒絕給付者。領取人應卽通知指示人。（德民七一四條）蓋須從速通知指示人。使得就基礎關係。早爲處置。免受意外損害。若被指示人怠於此項通知。則應負損害賠償之責。（七八九條）

承擔後抗辯之限定

五　承擔後抗辯之限定　被指示人爲承擔後。卽依證券上文義。負給付義務。而其履行。更須迅速。決不巧弄抗辯。始足增高指示證券之信用。實現文義性及通融性之精神。故法律就被指示人所得對抗之事由。特予限定。此外概不得對抗。分述於左。

得對抗者

1　限定得對抗者　我民法第七一一條二項。規定前項情形。被指示人僅得以本於指示證券之內容、或其與領受人間之法律關係所得對抗領取人之事由。對抗領取人。（德民七八四條二項）此卽限定所得抗辯之事由。所謂前項情形。指因承擔致負給付義務之情形而言。所謂本於指示證券之內容。言證券上所載事項及證券性質上之

事項。亦稱爲物的事由。前者如日期未滿、給付處所不符、簽名僞造等是。後者如時效完成、除權判決等是。所謂本於指示人與領受人間之法律關係。言其彼此間個人特別關係。亦稱爲人的事由。例如可以抵銷、曾經免除等是。被指示人必須有上述物的或人的兩種事由。始得以爲抗辯之理由。拒絕領取人之給付請求。

不得對抗者

2　此外不得對抗者　被指示人所得對抗之事由。既以上述者爲限。則此外事由。自概不得以對抗。其中最重者。尤爲被指示人與指示人間之基礎關係。不得以對抗領取人。（例如領取人請求承擔時、被指示人因指示人原已存交金錢或物品、可代給付、遂予承擔、降至嗣後領取人請求給付時、原存之金錢或物品、雖已取回、而被指示人仍應給付、不藉口拒絕是、）此亦因基礎關係與承擔關係兩相分離。不及影響也。

被指示人對證券持有人亦準用限定抗辯之規定

上述抗辯之限定。固爲就被指示人對領取人所設之規定。但指示證券。如輾轉讓與時。則被指示人對證券持有人。亦應準用此項規定。蓋領取人未必始終持有其證券。多依背書。讓與他人。嗣後向被指示人請求給付者。往往非最初受領證券之領取人。而爲最後受讓證券之持有人。故被指示人對證券持有人。亦有準用限定抗辯

規定之必要。卽被指示人僅得以本於證券之內容、或其與持有人間之法律關係所得對抗之事由。對抗持有人是也。

第四款　指示證券之讓與

一　讓與之意義　指示證券之讓與云者。謂證券領取人或其他持有人。將其指示證券之所有權。讓與第三人也。我民法第七一六條一項前段雖僅規定領取人得將指示證券讓與第三人。然受讓指示證券之第三人。卽證券持有人。更得讓與。自不待言。蓋同條二項規定讓與應以背書爲之。是明認指示證券得以背書轉讓。輾轉流通。其讓與非以領取人爲限。彰彰明甚。再我民法第七一六條一項前段。卽謂將指示證券讓與。則所讓與者。當係指示證券之所有權矣。【註一】

【註一】近世立法。因權利與證券化爲一體。證券卽權利之化身。在證券之買賣交易上。復着眼證券其物。遂關於指示證券之讓與。亦多着眼證券其物。以設規定。例如瑞債第八四三條一項後段

所定。其證券得依背書轉讓。德民七九二條一項前段所定。指示證券領取人。得將證券讓與第三人。皆係指讓與指示證券之所有權而言。與我民法相同。僅日民第四六九條。則着眼證券表彰之權利。定爲指示債權之讓與。顯與我民法有別。坊間著述。亦有倣日民解釋者。其觀念誤矣。惟證券即權利之化身。苟讓與證券。則證券上權利。亦即隨而讓與。其結果仍兩相同。

讓與須以背書爲之

二　讓與之方法　指示證券爲物中之動產。其所有權之讓與。必須有讓與之債權契約及交付物權契約。(參照七六一條)自不待言。但法律更規定應以背書爲之。(七一六條二項)所謂背書。乃讓與人將讓與證券意旨。記載於證券上。並自行簽名。以確保所讓證券之證券行爲也。故指示證券之讓與。以背書及交付爲其生效要件。即讓與人須與第三人商訂讓與契約。記載讓與意旨於證券上。並將其證券。交付第三人。方能生讓與之效力。(參照德民七九二條一項)

背書之方式

三　背書讓與之方式　指示證券之讓與。固應以背書爲之。而背書之方式若何。我民毫未規定。自宜解爲準用票據法上背書之方式。【註二】即應記載受讓人(即被背書人)

之姓名及背書年月日。並由讓與人(即背書人)簽名是也。至背書記載之處所。固多在指示證券之背面。但記載正面。亦無不可。茲例示如左。

背書

本票兌與
滙源寶號請向驗交此據
中華民國　年　月　日
義成號印

本票兌與
萬順祥寶號請向驗交此據
中華民國　年　月　日
滙源號印

【註二】瑞債八四四條一項德商三六五條日商二八二條。均已明定背書之方式。應準用關於票據之規定。

指示證券之背書性

四　指示證券之背書性　我民法第七一六條一項前段。規定領取人得將指示證券讓與第三人。而同條二項。復規定讓與應以背書爲之。是明認凡屬指示證券。不問記名式或指定式。均得以背書轉讓。此卽謂背書性。雖無指定文句。亦當然得以背書轉讓。前在指示證券之發行方式中。業經述明。但指示人在指示證券記載禁止讓與意旨者。此之謂禁止文句。如指示證券上載有此項禁轉文句。則爲指名證券。不得以背書轉讓。（七一六條一項但書德民七九二條二項）僅可依普通債權之方式及效力轉讓之。（參照二九七條至二九九條）

背書讓與之效力

五　背書讓與之效力　指示證券背書讓與之效力。大別爲三。卽移轉力、證明力、及確保力是也。分述於左。

移轉力

1　移轉力　指示證券之背書。固在讓與證券所有權。然證券卽權利之化身。故指示證券因背書移轉於受讓人。則證券上權利。亦移轉於受讓人。此之謂移轉力

。

證明力

2　證明力　指示證券持有人。應以背書之連續。證明其爲正當權利人。此之謂背書之證明力。或稱爲資格授與力。蓋指示證券。因背書轉讓。輾轉流通。必須持有人在證券之外表上。以背書之連續。證明爲正當權利人。被指示人始應向之給付。故背書連續。斯爲持有人行使權利之要件矣。

何謂背書連續

所謂背書連續者。乃指示證券之領取人。爲第一背書之背書人。（即讓與人）其第一背書之被背書人。（即受讓人）更爲第二背書之背書人。如斯遞推。以至最後之執票人。須相銜接。無間斷也。例如甲而乙。乙而丙。丙而丁是。

確保力

3　確保力　指示證券之背書。因未規定票據法上之追索制度。其讓與人（即背書人）自不負票據法上承擔及給付之擔保責任。嗣後縱令被指示人拒絕承擔或給付。而受讓人（即被背書人）及其後手。自均不得向讓與人追索。【註三】惟讓與人既簽名證券上。以讓與證券。則對所讓證券。自應確保其確實。且在有償讓與。尤須確保。

讓與人於被指示人拒絕承擔或給付時應負確保責任

始克公平。宜解爲應負確保責任。此之謂確保力。倘被指示人拒絕承擔或給付。卽爲滅失或減少證券價值之瑕疵。在讓與人卽爲違反確保責任。對於受讓人。除因解除契約收回證券應退回兌價外。並應賠償其所受之損害。

〔註三〕 詳細說明請參照本節第二款註一。

背書讓與後之抗辯情形

六　背書讓與後之抗辯情形　領取人以背書將其指示證券讓與受讓人後。被指示人對受讓人。其抗辯情形若何。茲分爲承擔之前後而說明之。

承擔前之背書

1　承擔前背書讓與者　領取人於被指示人向未承擔前。得以背書。將其指示證券。讓與受讓人。（參照德民七九二條一項前段）在此情形。被指示人向不負給付義務。如不欲給付。對於受讓人。僅可拒絕承擔或給付。別不生抗辯問題。但嗣後被指示人於受讓人請求承擔時。已爲承擔者。則受讓人請求給付時。不得以自己與領取人間之法律關係所生之事由。與受讓人對抗。（民七一六條三項德民七九二條三項）茲所謂被指示人與領取人

所不得對抗者

間之法律關係所生之事由。言債務人（卽承擔人）與讓與人間因其個人特別關係所得主

張之事由。所謂不得以與受讓人對抗。言債務人不能以得對抗讓與人之事由。而對抗受讓人。質言之卽得對抗前手之事由。不能以對抗後手。【註四】此項限制抗辯之規定。與普通債權之讓與規定。大不相同。【註五】蓋讓受人讓受指示證券時。係原始取得證券上之權利。並非繼承取得。【註六】讓與人之瑕疵。讓受人本不繼承。且指示證券爲流通證券。若被指示人能以得抗讓與人之事由而對抗讓受人。則讓受遲疑。有礙流通。故每屆指示證券讓與時。卽將被指示人與讓與人之個人糾轕。概予斬斷也。

所得對抗者

被指示人本於指示證券之內容、或自己與受讓人間之法律關係所得對抗之事由。則得以對抗受讓人。（參照七一一條二項）再受讓人以惡意讓受指示證券者。被指示人亦得以自己與領取人間法律關係所生事由。與受讓人對抗。我民法雖無此項明文。但若不得對抗。實同獎勵詐僞。有害公益。故應如斯解釋也。

【註四】 例如讓與人對於被指示人亦欠有債務時。被指示人對於讓與人。雖得主張抵銷。但不得

以此事由對抗讓受人而拒絕給付是。

【註五】 按普通債權之讓與。其受讓人所得之權利。不得較多於讓與人。自羅馬法以來。垂爲原則。故我民法第二九九條一項規定債務人於受通知時所得對抗讓與人之事由。皆得以對抗受讓人。此則與指示證券之背書讓與時。債務人（被指示人承擔之後卽爲債務人）所得對抗讓與人之事由。不能以對抗受讓人。適相反矣。

【註六】受讓人因背書讓受指示證券。乃讓受證券所有權。而證券上權利。不過因權利與證券化爲一體。取得證券所有權。卽當然取得證券上權利。故證券所有權之取得。雖爲繼承取得。而證券上權利之取得。則爲原始取得。

承擔後之背書

背書讓與前已經承擔者毋庸再經承擔

2 承擔後背書讓與者　領受人以背書讓與指示證券。多在被指示人承擔之後。蓋以既經承擔。可期給付。讓與他人。樂予收受也。在此情形。讓與之前既經承擔。則讓受之後。毋庸再經承擔。【註七】被指示人對於受讓人。當然應負給付義務。且受讓人乃原始取得證券上權利。並非繼承取得。則被指示人與領取人（卽讓

與人）間個人關係。亦與讓受人無涉。故被指示人不得對抗與得對抗者。亦均與承擔前背書讓與之情形無異。

【註七】 我民法第七一六條二項。規定被指示人對於指示證券之受讓人。已爲承擔者。不得以自己與領取人間之法律關係所生之事由。與受讓人對抗。就其文義解釋。被指示人不得以此項事由對抗者。僅限於對受讓人已爲承擔之情形。若對受讓人未爲承擔。則仍得對抗。故領取人於被指示人承擔後讓與證券者。在受讓人。似應再經被指示人之承擔。始能受上述限制抗辯規定之保護。但我民法第七一六條。係倣德民第七九二條。查德民此項規定。乃專就領取人在承擔前背書讓與情形而設。觀其第一項前段。所定指示證券領取人雖指示之承擔前。亦得讓與證券文句。已甚明瞭。以原未經承擔。自應經被指示人對受讓人爲承擔後。始生抗辯問題。亦始有限制抗辯之必要。至於領取人於被指示人承擔後。始背書讓與者。以被指示人承擔之意思表示。不僅對於後領取人。而對於嗣後受讓人。均屬有效。並非每次讓受後。即應另經承擔。且一一另經承擔。亦有礙證券流通。故解爲讓與之前。苟經承擔。則讓受之後。毋庸再經承擔。

第五款　指示證券之給付

請求給付之提示

一　請求給付之提示　指示證券上之權利。須以證券。始能行使。且指示證券多因背書讓與。輾轉流通。究已轉入何人之手。在被指示人。殊難知曉。故必須領取人或最後受讓人。向被指示人。提示證券。請求給付。然後被指示人始有給付之機會。凡提示證券請求給付之人。謂之持有人。

持有人之調查事項

二　持有人之調查　被指示人爲給付時。其對於持有人之調查事項。分爲左列三種。此等調查事項。於給付效力。頗有重大關係。

被指示人有調查持有人形式的資格之義務

1　持有人形式的資格之調查　形式的資格之調查云者。謂調查持有人在證券之外表上、是否載爲權利人也。卽提示證券請求給付之人。在未經背書讓與之證券。應爲證券上所載之領取人。在已經背書讓與之證券。應爲證券上所載之最後受讓人。而以前之背書。並應連續。若爲此外之人。除證明係由承繼（遺產繼承或營業概括承受）

被指示人僅有調查持有人實質的資格之權利並無義務

或公司合併當然取得證券者外。不得向爲給付。若以前背書欠缺連續。亦不得向爲給付。否則無給付之效力。嗣後眞正權利人。仍得請求給付。卽被指示人不得因給付而免責。故被指示人。可謂有形式的資格之調查義務。

2 持有人實質的資格之調查 實質的資格調查云者。謂調查持有人是否證券上眞正權利人也。卽如提示證券請求給付之人。縱令證券外表上載爲最後受讓人。背書亦係連續。具備形式的資格。但背書或經僞造。或未成立。或曾撤銷。則仍非證券上眞正權利人是也。被指示人於此種調查事項。僅有調查之權利。並無調查之義務。蓋指示證券多依背書讓與。輾轉流通。調查實情。殊屬不易。且使負調查責任。難免給付遲延。必傷證券信用。有礙流通。故就指示證券之性質。宜解爲無調查之義務。所爲給付。卽生給付之效力。嗣後縱令果有眞正權利人。亦不得再請求給付。卽被指示人因給付而免責。但有惡意或重大過失者。不在此限。

被指示人僅有調查持有人眞僞之權利並無其義務

3　持有人眞僞之調查　眞僞調查云者。謂調查持有人是否具有形式的資格者本人也。質言之卽提示證券請求給付之人。是否證券上所載領取人或最後受讓人本人。例如甲爲最後受讓人。而乙假冒甲名持券請求給付。則非本人是。被指示人於此種調查事項。亦僅有調查之權利。並無調查之義務。蓋就指示證券之性質。固宜解爲無調查之義務。卽依據我民法第三一〇條二款之規定。亦應生給付之效力。但有惡意或重大過失者。亦不在此限。【註一】

【註一】　關於持有人實質的資格之調查及所有人眞僞之調查。在瑞債德商。均明定準用票據之規定。（瑞債八四四條一項德商三六四條二項）我民法關於此點。遺漏未定。故就指示證券之性質。取相當之解釋。

證券之交還

三　證券之交還　指示證券持有人請求給付時。應將證券交還被指示人。蓋證券卽權利之化身。若僅爲給付。不收回證券。則權利仍不消滅。有須重爲給付之虞。是以被指示人之爲給付。應與證券。兩相交換。故持有人應交還證券也。我民法雖無

此項明文。然就指示證券之性質。因應如斯解釋。【註二】

【註二】　瑞債德商關於此點。均經明定。（瑞債八四三條三項德商三六四條三項）

第六款　指示證券之消滅

指示證券所表彰之權利。既爲債權。而證券行爲。復爲法律行爲。故指示證券之消滅。自應適用一般債權及一般法律行爲之規定。但指示證券。因有其證券之特別性質。我民法更規定其特別消滅原因。分述於左。

指示證券之撤回

一　指示證券之撤回　指示人於被指示人未向領取人承擔所指示之給付或爲給付前。得撤回其指示證券。其撤回應向被指示人以意思表示爲之。（七一五條一項德民七九〇條前段）蓋指示人在證券上所爲指示給付之表示。原不過單獨行爲。對於領取人。僅授與得請求給付之資格。而對於被指示人。亦僅授與得代爲給付之資格。在被指示人爲承擔行爲或實行給付以前。領取人與被指示人之間。初未發生何等權義關係之效力。故指

示人得撤回指示證券。使權義關係之效力。終無由發生。既係撤回。自應以意思表示爲之。（參照一一六條一項）且撤回之目的。重在防止被指示人之承擔或給付。其撤回之意思表示。自應向被指示人爲之。（參照一一六條二項）若被指示人已爲承擔。則領取人與被指示人之間。已發生權義關係之效力。自不得更行撤回。若被指示人已爲給付。則證券關係。業已了結。更無須撤回矣。

視同撤回者

指示人於被指示人未承擔或給付前、受破產宣告者。其指示證券。視爲撤回。（七一五條二項）蓋指示人既經宣告破產。信用已失。其在被指示人未承擔或給付前者。終必不爲承擔或給付。而權利關係之效力。亦迄無由發生。其結果與上述撤回無異。故雖無撤回之意思表示。仍視同撤回。

短期消滅時效

二　短期之消滅時效　指示證券領取人或受讓人對於被指示人因承擔所生之請求權。自承擔之時起。三年間不行使而消滅。（七一七條德民七八六條）按被指示人必須承擔之後。始負給付義務。而領取人或受讓人。對於被指示人。亦始有給付請求權。此項請求

權。如三年不行使。卽因時效而消滅。其消滅時效。較短於普通債權。蓋以輕減債務人之責任。並使證劵糾轕。早日了結也。

指示證劵之喪失

三　指示證劵之喪失　指示證劵之喪失云者。謂指示證劵之物質的滅失、(例如燒燬沉沒是)或因遺失、被盜、以及其他違反本意之事由(例如被脅迫被詐欺是)而喪失指示證劵之占有也。指示證劵喪失時。其證劵上權利。苟無法定原因。固尙猶存在。非卽消滅。惟指示證劵爲有價證劵。其權利之行使。必須以證劵爲之。證劵旣經物質的滅失。或喪失占有無由收回。則持有人雖仍享有權利。而無以行使。法律上不得不設救濟方法。以保護之。故規定指示證劵遺失被盜或滅失者。法院得因持有人之聲請。依公示催告之程序。宣告無效。(七一八條)卽持有人喪失指示證劵時。得向該管法院爲公示催告之聲請。於公示催告開始後。並聲請爲除權判決。及經過法定呈報權利期限之六個月時。由該管法院爲除權判決。宣告指示證劵無效。而持有人卽得據除權判決。向指示證劵債務人。行使指示證劵上之權利。(參照民事訴訟法五二四條至五三四條)

第三節　無記名證券（七一九條以下德民七九三條以下瑞債八四六條以下日民四七三條日商二七九條以下）

第一款　無記名證券之意義

無記名證券之意義

無記名證券云者。謂持有人對於發行人、得請求依所記載之內容、爲給付之證券也。（七一九條德民七九三條一項前段）分析言之。

證券持有人即其權利人

一　無記名證券乃持有人得請求給付之證券　占有證券之人。謂之持有人。在無記名證券。其持有人提示證券。即得請求給付。故無記名證券。毋庸記載權利人之姓名。其持有人斯爲權利人。此則與指名證券指定證券。須記載權利人姓名者。大不相同。

二　無記名證券乃持有人對於發行人請求給付之證券　無記名證券發行人。自當給付之衝。並非委託他人給付。故我民法上所謂無記名證券。概爲自付證券。（Verp-

flichtungchein)【註一】與我民法上所謂指示證券必爲委託證券者。大不相同。

【註一】一般無記名證券。非必概爲自付證券。例如匯票雖得以無記名式發行。但必爲委託證券是。

無記名證券爲文義證券

三　無記名證券乃依所記載內容爲給付之證券　持有人向發行人請求給付。應以無記名證券上記載之內容爲準。此即明定無記名證券爲文義證券。其證券上權利之內容及範圍。應以證券上文義爲標準。關於此點。與我民法上指示證券之性質。無大差異。惟指示證券之標的物。以金錢有價證券及其他代替物爲限。（參照七一〇條一項）而無記名證券。則規定依所載內容以爲給付。其標的物之種類。別無限制。故無記名證券雖如指示證券。亦得分爲金錢證券（如銀行兌換券、無記名金庫券之類是）有價證券證券（例如憑票交公債票若干之證券）物品證券（例如商品證券、席票之類是）三種。但此外尚有他種證券。如火車票及戲園電影館等之入場券等是。【註二】

無記名證券之種類

【註二】車票及入場券之性質若何。向多爭論。竊謂乃表彰運送契約或其他承攬契約所生權利之

有價證券。原得交付轉讓。惟權利履行開始後。卽變爲單純證書。不得再行轉讓。如火車票自剪票入站後。入場券自驗票入場後。卽變爲證書是。又此等證券。概爲憑票乘車或憑票入場。故謂爲無記名證券之一種。

第二款　無記名證券之發行

無記名證券發行之意義

一　發行之意義　無記名證券發行之意義。與指示證券無異。故必須由發行人作成證券。並交付之。然後發行行爲。始臻完成。

無記名證券發行之方式

二　發行之方式　因發行無記名證券而作成證券時。其證券上究應記載何等事項。卽無記名證券之發行方式若何。我民法上固無規定。然就第七一九條之解釋言之。給付之標的物及發行人之簽名。爲必要不可缺之要件。此外給付地、給付日等項。應否記載。悉聽其便。如未記載給付日。則爲見票卽付之無記名證券。茲就無記名證券之通常樣式。例示如左。

憑票卽交
綠牌麥粉伍百包此據
中華民國二十二年七月一日
信成行印

發行人死亡或喪失能力後之發行

三　發行人死亡或喪失能力後之發行　無記名證劵。不因發行在發行人死亡或喪失能力後。失其效力。（七二一條二項繼民七九四條二項）玆所謂發行。係僅指發行之交付行爲而言。是以此項規定之意義。乃言發行人自爲發行行爲（卽簽名劵上作成證劵）後。因有死亡或喪失行爲能力情事。由其承繼人或法定代理人爲交付行爲者。仍不妨礙發行之效力。蓋發行行爲。乃單獨行爲。在發行人簽名劵上。以爲意思表示時。業已成立。僅須再有交付行爲。卽發生發行之效力。故發行人爲發行行爲後、卽爲意思表示後。雖有死亡或喪失行爲能力情事。而原已成立之發行行爲。並不受其影響。（參照九五條二項）倘再有交付行爲。仍生發行之效力。

發行人應負給付責任

四　發行之效力　無記名證券發行人。乃簽名券上。表示依券上記載內容以爲給付。故無記名證券發行人。應負給付責任。此卽無記名證券發行行爲所生之效力。

第二款　無記名證券之流通

無記名證券以交付轉讓而流通

一　流通之方法　流通云者。輾轉讓與之謂也。在無記名證券。因券上未記載權利人之姓名。凡享有證券所有權而占有其證券者。斯爲權利人。亦卽爲正當持有人。故無記名證券之讓與。僅由讓與人與受讓人間之物權的交付契約。以移轉證券之所有權。卽爲讓與合意並交付證券。斯生讓與之效力。（參照七六一條）此之謂交付轉讓。與指示證券以背書轉讓者不同。

無記名證券之原始取得

二　無記名證券之原始取得　無記名證券發行人。其證券因遺失、被盜、或其他非因自己之意思而流通者。對於善意持有人。仍應負責。（七二一條一項德民七九四條一項）按無記名證券之發行。必須有交付行爲。若發行人僅作成證券。尙未交付。係因遺失、被盜、

或其他非因己意（例如被脅迫被詐欺是）致轉入他人之手者。以欠缺交付行爲。證券所有權。尚未移轉。自難生發行之效力。彼拾得人、竊取人、強取人、詐取人等。以及惡意讓受證券之人。旣未取得證券所有權。自不能享有證券上之權利。發行人對此等惡意占有人。亦毫不負責。但自惡意占有人。善意讓受證券者。此卽所謂善意持有人。縱令讓與人無移轉證券所有權之權利。仍原始取得證券所有權。（參照八〇一條九四八條）而享有證券上之權利。故發行人對於善意持有人。仍應負給付責任。不得以遺失、被盜等事由對抗之。蓋無記名證券輾轉讓與之時。讓與人有無權利。在受讓人不易調查。若以爲準。易受損害。不敢收受。故我民法第七二一條一項。規定發行人對善意持有人。仍負責任。以獎勵流通。而保護善意持有人也。

新證券之換給

三　新證券之換給　無記名證券因毀損或變形。不適於流通。而其重要內容及識別記號仍可辨認者。持有人得請求發行人換給新無記名證券。（七二四條一項德民七九八條）蓋無記名證券。利在流通。苟其重要內容及識別記號。仍可辨別。雖有毀損或變形。尙無僞

造變造之虞。故許換給新券。以便流通。至於換給證券之費用。應由持有人負擔。蓋以持有人因換得新券而享受利益也。但證券爲銀行兌換券或其他金錢兌換券（例如無記名金庫券及禮券之類是）者。其費用應由發行人負擔。（七二四條二項）蓋因發行人原在多量發行。以收其利也。

第四款　無記名證券之給付

請求給付之提示

一、請求給付之提示　無記名證券既爲流通證券。自亦爲提示證券。故無記名證券發行人。須於持有人提示證券請求給付時。始有履行給付之義務。

無記名證券發行人無調查持有人之權義

二　無調查持有人之權義　無記名證券發行人。於持有人提示證券請求給付時。有爲給付之義務。（七二〇條一項本文）卽應隨到隨付。不得藉口調查。以拒絕給付或遲延給付。蓋無記名證券未記載權利人姓名。占有證券之持有人。外表上斯認爲權利人。所謂形式的資格調查（卽調查持有人是否券上所載之權利人）及持有人眞僞之調查。（卽調查持有人是否券上所載權利人本人）均

所必無。至於實質的資格之調查。(即調查持有人是否爲證券上眞正權利人)在指示證券。以背書轉讓。猶屬不易。無記名證券。以交付轉讓。更感困難。故規定持有人提示證券請求給付時。發行人應即爲給付。不僅無調查之義務。且無調查之權利。因無調查之義務。其爲給付後。雖持有人就證券無處分之權利。(即無證券所有權、質權。例如拾得人、盜取人、詐取人等是)亦免其債務。(二七〇條二項德民七九三條一項後段)即所爲給付。生債務清償之效力。縱令此外另有眞正權利人。亦不得再請求給付。此等規定。蓋恐因調查。給付遲延。致傷證券信用。有礙流通也。惟發行人應即給付之義務。尚有左列二種例外。(七二〇條一項但書並參照德民七九三條中段瑞債八四六條但書)

1 無處分權之知情　發行人明知持有人無處分之權利者。不得爲給付。蓋發行人明知持有人非眞正權利人時。猶使因給付免責。未免過傷眞正權利人之利益。故特設例外規定。但此外苟不知情。即可給付。其有無過失。則非所問。

2 喪失之通知　發行人曾自原持有人受有遺失、被盜、或滅失等喪失事由之通知者。不得爲給付。即我國通俗所謂掛失票者是也。應俟原持有人與持有人間自

行解決糾葛後。始可給付。

無記名證券發行人抗辯之限制

三　發行人抗辯之限制　無記名證券發行人。僅得以本於證券之無效、證券之內容、或其與持有人間之法律關係所得對抗之事由。對抗持有人。（七二二條德民七九六條）所謂本於證券無效之事由。即因證券發行無效及其他無效之抗辯事由。例如無能力人發行或除權判決等是。所謂本於證券內容之事由。即因證券上記載事項所生之抗辯事由。例如日期未滿、給付處所不符等是。所謂本於發行人與持有人間之法律關係所得對抗之事由。即其彼此間個人特別關係所抗辯事由。例如抵銷、免除等是。必須有上述抗辯事由。發行人始得以對抗持有人。拒絕其給付請求。此外無論何項事由。概不得以對抗。蓋發行人之給付義務。須使迅速履行。決不許弄種種抗辯。始足增高證券信用。獎勵證券流通。故法律就發行人所得對抗之事由。特予限定。

證券之交還

四　證券之交還　無記名證券持有人請求給付時。應將證券交還發行人。（七二三條一項德民七九七條前段）蓋證券爲權利之化身。證券若不收回。則權利仍不消滅。發行人之給付。須

與證券相交換。始免重爲淸償之虞。故持有人請求給付時。應交還證券。再發行人因爲給付而收回證券時。雖持有人就該證券無處分之權利。仍取得其證券之所有權。(七二三條二項德民七九七條後段)即縱令另有眞正權利人。亦不得據其所有權之權能。向發行人請求返還。

第五款　無記名證券之喪失

無記名證券喪失時之救濟方法

無記名證券之喪失云者。謂之記名證券之物質的滅失、或因遺失、被盜、以及其他違反自己意思而喪失無記名證券之占有也。其救濟方法若何。依證券之性質。頗有參差。分述於左。

公示催告程序

一　一般無記名證券喪失時之公示催告程序　無記名證券遺失、被盜、或滅失者。除無利息見票即付之無記名證券外。法院得因持有人之聲請。依公示催告之程序。宣告無效。(七二五條一項並參照七二八條德民七九九條一項)即持有人喪失無記名證券時。得向該管法院爲公

示催告之聲請。於公示催告開始後。並聲請爲除權判決。及經過法定呈報權利期限之六個月時。由該管法院爲除權判決。宣告無記名證劵無效。而持有人卽得據除權判決。向發行人請求給付。（參照民事訴訟法五二四條至五三四條）蓋持有人請求給付。必須提示證劵。而喪失證劵時。無以行使權利。故使得據除權判決請求給付。以資救濟。所以必經公示催告者。蓋恐喪失之後。另有正當持有人也。

發行人之協助義務

持有人聲請公示催告及除權判決時。對於曾持有證劵及其喪失等事實。應負舉證責任。若由發行人協助。較易證明。故法律規定發行人對於持有人應告知關於實施公示催告之必要事項。並供給其證明所必要之材料。（七二五條二項德民七九九條二項）

定有提示期間者如禁止給付則停止期間之進行

無記名證劵定有提示期間者。如法院因公示催告聲請人之聲請。對於發行人爲禁止給付之命令時。停止其提示期間之進行。此項停止。自聲請發禁止給付命令時起至公示催告程序終止時止。（七二六條）所謂定有提示期間者。乃發行人在證劵上載有限於一定期間前、持有人始得提示證劵請求給付也。在上述禁止給付情形。於禁止給

付以後。公示催告程序終止以前。縱請求給付。亦無領受實效。若提示期間。因此空過。未免有傷正當持有人之利益。故在禁止給付之期間內。停止提示期間之進行。使提示期間。不至因此經過。

定期給付無記名證券喪失時如付經過通知者另有救濟辦法

二　定期給付無記名證券喪失時之通知　利息、年金、及分配利益之無記名證券。均爲定期給付無記名證券。所謂利息無記名證券。即表彰利息債權之無記名證券。如公債票之息票是。所謂年金無記名證券。即表彰按年定期給付一定金額債權之無記名證券。所謂分配利益無記名證券。即表彰分配紅利債權之無記名證券。如無記名股票之息摺是。此等證券所表彰之定期給付債權。消滅時效。爲期較短。（參照一二六條）辦理程序。宜求簡易。故利息、年金、及分配利益之無記名證券喪失時。其持有人如已將遺失、被盜、或滅失等喪失事由。向發行人通知者。即以消滅時效期間屆滿前。有無提示爲標準。分別規定處理辦法。（七二七條並參照德民八〇四條）

1　時效期間屆滿前未有提示者。法定關於定期給付之時效期間屆滿前。並無其

他第三人提示證券。則原通知喪失之持有人。於時效期間屆滿後。即得向發行人。請求給付該證券所記載之利息、年金、或因分配之利益。（七二七條一項本文）蓋消滅時效期間屆滿前。迄無提示證券之人。縱令嗣後另有其他正當持有人。而發行人亦可以消滅時效完成。拒絕給付。故特許通知喪失之持有人。雖無證券。仍得請求。此種請求權。發生在消滅時效完成之後。且較諸公示催告程序。亦甚簡易。自爲法律所定特別請求權。其行使期間。不宜過長。故又規定自時效期間屆滿後經過一年者。其請求權消滅。（七二七條一項但書）

2　時效期間屆滿前已有提示者　消滅時效期間屆滿前。如由第三人提示該項證券者。發行人應將不爲給付之情事。告知該第三人。並於該第三人與爲通知之人合意前、或於法院爲確定判決前。應不爲給付。（七二七條二項）即原持有人因通知喪失。聲明掛失票後。如在消滅時效期間屆滿以前。另有提示證券主張權利之人。自應俟其彼此爭執協議解決。或訴訟解決。確定受領權人後。發行人方可給付。

第六款　無利息見票即付之無記名證券

無利息見票即付無記名證券之意義及範圍

無利息見票即付之無記名證券者。謂無利支付。並因未記載給付日期。可隨時請求給付之無記名證券也。如銀行兌換券、國庫券、或金庫券之類是。此項無記名證券。多專替代現金。爲支付證券。且多量發行。務求圓滿流通。其在經濟上效用。既與一般無記名證券不同。則在法律上效力。更應堅強其證券性質。俾益便流通。故我民法。規定無利息見票即付之無記名證券。除利息、年金、及分配利益之證券外。不適用第七百二十條第一項但書及第七百二十五條之規定。（七二八條瑞債八五八條並參照德民七九九條一項但書）此即特別堅強證券性質之規定。至於利息、年金、及分配利益之證券所以除外者。蓋以雖在無利見票即付之無記名證券範圍內。而其經濟上效用。仍與一般無記名證券無異也。茲就特別堅強證券性質之規定。分述於左。

不適用明

一　不適用明知無處分權之規定　即持有人提示證券請求給付時。發行人雖明知持

知無處分權之規定

有人就證劵無處分之權利。仍應隨時給付。不得提出明知無處分權之證據。拒絕給付。蓋所以實現支付證劵之性質。並獎勵流通也。

不適用掛失票之規定

二　不適用掛失票之規定　即持有人提示證劵請求給付時。發行人雖曾受有遺失、被盜、或滅失之通知。仍應即時給付。不得因曾掛失票。停止給付。蓋亦以實現支付證劵之性質。並獎勵流通也。

不適用公示催告程序之規定

三　不適用公示催告程序之規定　即持有人因遺失、被盜、或滅失等事由。喪失證劵時。不適用公示催告程序。既不得以除權判決。宣告證劵無效。復不據除權判決。請求給付。故證劵一經喪失。權利隨同喪失。而其他取得證劵之人。亦不至受宣告無效之影響。此乃絕對貫徹證劵即權利之性質。並以獎勵流通也。

第二十二章　終身定期金（七二九條以下德民七五九條以下瑞債五一六條以下法民一九六八條日民六八九條以下）

第一節 終身定期金之性質

終身定期金云者。謂當事人約定一方（定期金債務人）於自己或他方或第三人生存期內、定期以金錢給付他方或第三人（定期金債權人）之契約也。（七二九條日民六八九條瑞債五一六條）分析言之。

定期金債務人及定期金債權人

一 終身定期金者契約也 終身定期金。由法律明定爲契約。卽當事人一方約於自己或他方或第三人生存期內。對他方或第三人定期給付金錢。並經他方承諾而成立之契約也。其約定期給付金錢者。謂之定期金債務人。其領受定期金之他方或第三人。謂之定期金債權人。

終身定期契約爲要式契約

1 終身定期金契約爲要式契約 終身定期金契約之訂立。應以書面爲之。（七三〇條）其爲要式契約。甚屬顯然。【註一】蓋以定期金債務人之訂立契約。多有損無益。恐或翻悔。且期限久遠。發生爭端。不易證明。故定爲要式。俾愼重出之。

【註一】查外國立法例。亦多定爲要式契約。（德民七六一條瑞債五一七條法民一九六九條）惟

日民則爲不要式契約。

終身定期金契約爲片務或雙務契約

2 終身定期金契約爲片務或雙務契約　終身定期契約。如僅使定期金債務人一方。負擔給付定期金之債務。而他方則毫不負債務。此固爲片務契約。但若使定期債務人負擔給付定期金之債務。而幷使他方亦負擔須爲某種對待給付之債務。此則爲雙務契約。

終身定期金契約爲無償或有償契約

3 終身定期金契約爲無償或有償契約　其爲片務契約者。卽爲無償契約。實與定期贈與無異。故除適用本節規定外。並應適用贈與之規定。其爲雙務契約者。卽爲有償契約。自可準用買賣之規定。（參照三四七條）

終身定期金契約爲有名契約

4 終身定期金契約爲有名契約　我民法對於終身定期金契約。既付與一定名稱。並設有特種規定。其爲有名契約。甚屬顯然。

終身定期金契約爲射倖契約

5 終身定期金契約爲射倖契約　定期金之給付義務。以債務人自己或他方或第三人之終身爲繼續標準。其給付金額之多寡。繫於標準人死亡之遲早。故爲射倖

契約。

終身定期金須給付金錢

二　終身定期金須給付金錢　終身定期金。必須約定以金錢給付。【註二】此即終身定期金所以稱爲金也。若約定或定期給付物品。或定期給付勞務。則非終身定期金契約。僅爲一種無名契約。得準用終身定期金之規定而已。

【註二】　日民明定得約以金錢或他物給付。（日民六八九條）其終身定期金。自不限於金錢。德民於終身定期金之標的。並未限定。自得約以他物給付。亦不限於金錢。惟我民法限定必須約以金錢給付。故不得與德日民法。採同一解釋。

終身定期金須定期給付

三　終身定期金須定期給付　終身定期金之給付。必須定期爲之。即須按一定時期。以爲給付。例如按年、或按季、或按月等是。此即終身定期金所以稱爲定期也。

終身定期金須訂定向他方或第三人給付

四　終身定期金乃訂定向他方或第三人給付　終身定期金契約。有訂定向他方給付者。亦有訂定向第三人給付者。蓋終身定期金契約之訂立。乃他方爲自己或其親友。預籌生活費。以保障將來生活之安全也。論其性質。實與保險契約無異。

終身定期金契約。訂定向第三人給付者。乃約使當事人以外之第三人。享受給付之利益。自係為第三人所訂立之契約。並應適用第二六九條之規定。

終身定期金之給付以標準人之終身為限

五　終身定期金須於當事人一方或他方或第三人之生存期內定期給付　終身定期金。須在特定人之生存期內。定期給付。或訂定至當事人一方死亡時為止。或訂定至他方死亡時為止。或訂定至第三人死亡時為止。實即以債務人或債權人或第三人之終身為標準。定給付義務之存續期間。此即終身定期金所以稱為終身也。若僅定期給付金錢。而並非終身者。則僅可謂為定期金契約。並非終身定期金契約。例如甲與乙約定至乙在大學畢業為止。每年給與一千元是。

終身定期金之遺贈

六　終身定期金之遺贈　終身定期金。有以契約設定者。亦有以遺囑設定者。其以遺囑設定者。斯為終身定期金之遺贈。按遺囑之成立及效力。固適用一般遺囑之規定。但因遺囑所設定之終身定期金。與因契約所設定之終身定期金。其法律關係。並無參異。僅發生原因。兩者不同而已。故終身定期金之規定。於終身定期金之遺

贈。亦準用之。(七三五條日民六九四條)

第二節　終身定期金契約之效力

定期金債權之發生

終身定期金契約之主要效力。在發生定期金債權。卽終身定期金債權人。得向終身定期金債務人。依契約所定。請求給付定期金之權利也。茲說明其要點於左。

存續期間

一　定期金之存續期間　定期金給付義務之存續期間。係以債務人或債權人或第三人之終身爲標準。前經述明。訂立終身定期契約時。究以其中何人爲標準人。訂定存續期間。由契約當事人自由約定。倘曾經明白約定。當依所定。若所定不明。尙有疑義時。則推定其爲於債權人生存期內。按期給付。(七三一條一項德民七五九條一項瑞債五一六條一項)蓋定期金之給付。多因債權人個人關係。故其存續期間。亦宜推定以債權人之終身爲標準。

定期金之

二　定期金之數額　定期金之數額。亦由當事人依所擬定期給付之期限。自由約定

數額　。如約定每月應給付若干。或每季應給付若干。或每年應給付若干等是。倘曾經明白約定。當依所定。若所定不明。尚有疑義時。即僅定每期應給付之金額。而未定其期限之為月、為季、為年。並未明定時。則推其為每年應給付之金額。（七二一條一項德民七五九條二項）蓋以在通常情形。多以年為定期給付期限也。

定期金之支付時期　三　定期金之支付時期　定期金之支付。究於各期之開始時。預行支付。（即稱為先付）抑於各期之終了時。始行支付。（即稱為後付）更或於其他時間支付。亦由當事人自由約定。倘曾經約定。當依所定。若未約定。則應按季預行支付。（七三二條一項）【註一】例如按年之定期金。應分四季支付。於每期屆至時。先付全年四分之一是。蓋使債務人先付定期金。以保護債權人也。

【註一】　德民規定終身定期金。須預行支付。在金錢定期金。須先付三個月。在金錢以外之定期金。則依定期金之性質及目的。以定先付之時期。（德民七六〇條一項二項）瑞債亦規定苟無反對之約定。則須按半年預行支付。（瑞債五一八條一項）

定期金先付而標準人中途死亡者毋庸扣算返還

四　定期金之先付與標準人之中途死亡　依其生存期間而定終身定期金之人。如在定期金預付後。該期限屆滿前死亡者。定期金債權人。取得該期金額之全部。（七三二條二項）〔註二〕所謂依其生存期間而定終身定期金之人。即定金期存續期間所由定之標準人。亦即定期金債權存續期間所由定之標準人。以普通法理言。標準人一經死亡。定期金債權。隨即消滅。若定期給付期限之開始時。已先付定期金。嗣後標準人於該期限屆滿前死亡。即該期限之中途死亡者。在此死亡之時。定期金債權。即應消滅。則死亡以後相當部分之金額。債權人已無權受領。似應自其以前因先付所受領之定期金中。扣算標準人死亡以後相當部分之金額。返還於債務人。但我民法為保護債權人計。特許定期債權人。仍取得該期金額之全部。毋庸扣算返還。

〔註二〕　德民規定債權人於應行預付定期金之期限開始時尚生存者。即取得該期限相當之金額。（德民七六〇條三項）與我民法。頗不相同。

定期金債

五　定期金債權能否移轉　終身定期金契約之訂立。多注重債權人其人。故終身定

權能否移轉

期金債權。除契約另有訂定外。原則上不得移轉。（七三四條）〔註三〕所謂不得移轉者。不僅不得讓與。且不許承繼也。但一般通說。多認有基本債權與分支債權之別。〔註四〕僅基本債權。原則上不得移轉。至於由基本債權所生之分支債權。卽各期給付請求權。則仍得移轉。

〔註三〕瑞債規定年金權人。苟無反對之約定。則得轉讓所得行使之權利。（瑞債五一九條一項）此乃以得轉讓爲原則。與我民適成相反。

〔註四〕終身定期金債權之性質。究爲一個概括的單一債權。抑係多數附停止條件債權之集合。不無爭論。但以單一說爲通說。且多認有基本債權與分支債權之別。卽就終身定期金債權概括言之。僅有一個債權。此爲基本債權。至於由基本債權所生之各期給付請求權。則爲分支債權。

標準人之死亡係出於債務人之過失者

六　標準人之死亡係出於定期金債務人之過失者　標準人一經死亡。定期金債權。應卽消滅。此爲一定之原則。但民法爲保護債權人之利益起見。對此原則。設有例外。卽因死亡而終止定期金契約者。如其死亡之事由。應歸責於定期金債務人時。

法院因債權人或其承繼人之聲請。得宣告其債權。在相當期限內。仍爲存續是也。（七三三條日民六九三條一項）

1　死亡之事實應歸責於定期金債務人　債務人自己爲標準人時。因其過失而死亡者。例如自殺、判處死刑等是。債務人以外之人卽債權人或第三人爲標準人時。因債務人之過失而死亡者。例如殺害是。

2　據債權人或其繼承人之聲請　債務人或第三人爲標準人而死亡者。自由債權人聲請。債權人自己爲標準人而死亡者。則由其繼承人聲請。

3　法院宣告債權在相當期限內仍爲存續　具備法定要件時。法院卽應以裁判宣告債權在相當期限內。仍爲存續。所謂相當期限。乃推測標準人之生命所酌定之期限也。

第二十三章　和解（七三六條以下德民七七九條瑞私三一九條四一八條法民二〇四四條以下奧民一三〇八條以下日民六九五條以下）

第一節　和解之性質

和解以終止或防止爭執爲目的以互讓爲方法

和解云者。謂當事人約定互相讓步。以終止爭執或防止爭執發生之契約也。（七三六條法民二〇四四條）【註一】故和解乃以終止或防止爭執爲目的。而以互相讓步爲方法。必須具備此二個要件。然後和解契約。始得成立。茲更分晰言之。

【註一】德民關於和解。僅設一條。日民亦僅二條。瑞債關於和解。別無規定。惟法民奧民。規定頗詳。

和解爲契約

一　和解者契約也　和解之爲契約。業經法律明定。即當事人以終止或防止爭執之目的。表示互相讓步之意思。因而訂立契約也。

1　和解係不要式契約　和解契約。僅當事人所表示互相讓步之意思。彼此一致。即行成立。毋庸何等方式。自爲不要式契約。【註二】

【註二】法民同規定和解必須以書面爲之。（法民二〇四四條二項）但我民法及德日民法。均毋

應具備何等方式。

2　和解係雙務及有償契約　和解當事人。旣約定互相讓步。其雙方應互負讓步義務。且有兩相對酬性質。自爲雙務契約及有償契約。以其爲雙務契約。自適用雙務契約之規定。(二六四條以下)又以其爲有償契約。自準用買賣之規定。(三四七條)例如當事人之一方。因和解之結果給付他方之物或權利。倘有瑕疵時。則應準用買賣之規定。負擔瑕疵擔保責任是。

和解之目的在終止或防止爭執

二　和解之目的在終止或防止爭執　和解當事人所以訂立和解者。在終止爭執或防止爭執也。

和解之成立須現有或有爭執之虞

1　和解之成立須現有爭執或有爭執之虞　爭執云者。謂當事人關於一定法律關係之存否、效力、內容。其主張相反也。當事人間關於法律關係。已爲相反之主張者。斯爲現有爭執。得訂立和解契約。以終止之。若當事人間現無爭執。唯法律關係欠缺明確。恐致生相反之主張。則爲有爭執之虞。亦得訂立和解契約。以

防止之。【註三】

和解之可能性

凡法律關係。無論其種類若何。均得爲和解之標的。故債權關係、物權關係、親屬關係、繼承關係。皆得爲和解之標的。惟和解含有處分行爲。無論何種法律關係。必須當事人有任意處分之權能。方足爲和解之標的。此之謂和解可能性或和解能力。否則不得和解。例如親子關係之存否。或繼承順位之爭執。不得和解是。

【註三】　法民規定得約定終止爭執或防止爭執。（法民二〇四四條）與我民完全相同。德奧民法規定當事人關於法律關係有所爭執。或不明確者。得約定和解。（德民七七九條奧民一三〇八條）亦與我民相近。惟日民僅規定得約定終止爭執。該國學者解釋。均謂當事人間現無爭執。僅將來有爭執之虞者。不得爲和解之標的。自與我民不同。

須約定終止或防止爭執

2　須當事人約定終止或防止爭執　終止爭執云者。謂就所爭法律關係。另行確定。嗣後不得再主張以前之法律關係也。防止爭執云者。謂就欠缺明確之法律關

和解之效益

係。預行確定。將來不得就以前狀態。有所主張也。故和解不僅可解決現有爭議。並得防杜將來糾紛。且出自雙方約定。方法平和。不傷情感。若夫判決。固亦所以解決紛爭。但兩相鬪爭。易結仇怨。且程序繁重。費時傷財。往往得不償失。論其效益。遠不及和解。現代立法政策上。所以趨重調解主義者。蓋有由也。

公斷、仲裁均非和解

和解之止爭。既係出於當事人之約定。則出於第三人之判斷而止爭者。如公斷(民事公斷暫行條例一條商事公斷處章程二條參照)仲裁(勞資爭議處理法四條五條參照)等。均非和解。蓋付諸公斷或仲裁。雖出於當事人之約定或聲請。而解決爭執。則出於公斷人之判斷或仲裁委員會之裁決也。

訴訟上或訴訟外之和解

3 訴訟上和解或訴訟外和解　當事人間關於法律關係。苟現有爭執。或有生爭執之虞。即得成立和解。故無論訴訟上或訴訟外。均得爲之。訴訟上和解云者。謂在推事前所爲之和解。並應記明筆錄或作成和解筆錄者也。凡起訴前訴訟中或執行時。均可成立。(民事訴訟法三七〇條至三七二條並參照民事調解法二條三條一一條)論其性質。實一面爲民法上之

和解契約。發生民法上之效力。一面亦兼爲訴訟行爲。發生訴訟法上之效力。訴訟外和解云者。謂非在推事前所爲之和解。此固多成立於未成訟之時。卽令在訴訟中。苟非在推事前所爲者。仍爲訴訟外和解。論其性質。實純爲民法上之和解契約。

曾經確定判決之事項仍得和解

4 曾經確定判決之事項仍得和解　曾經確定判決所確定之事項。是否仍得和解。不無爭論。【註四】余採取積極說。蓋當事人間關於法律關係。苟有爭執。卽可成立和解。縱令所爭事項。業經確定。並爲雙方所明知。苟仍有爭執。或恐再生爭執。亦不妨成立和解。若夫確定判決所確定之事項。當事人在訴訟上。固不得再行爭執。但實際仍有爭執。或有生爭執之虞。當事人更訂立和解契約。防杜爭執。匪特無損判決之威信。且爲極穩妥之辦法。故謂曾經確定判決之事項。仍得和解。

【註四】　主張消極說者。謂和解乃以杜止爭執。而確定判決所確定之事項。已不得再有爭執。故

無由更成立和解契約。但當事人就判決之結果。得任意處分。僅可訂立互讓契約。以變更曾經確定之事項而已。

和解之方法在互相讓步

三　和解之方法在互相讓步。和解之目的。在終止或防止爭執。而其方法。則須約定互相讓步。

何謂讓步

1　無互讓則無和解　讓步云者。謂拋棄自己主張之全部或一部而犧牲自己之利益也。在和解契約。其當事人雙方。均須讓步。即就所爭法律關係。各自犧牲幾分利益。使相反主張。同歸一致也。故僅當事人一方讓步之契約。非和解契約。僅或為權利之拋棄或為權利之認諾而已。

互讓之內容

2　互讓之內容　讓步之內容。千差萬別。不遑枚舉。且雙方讓步之程度。亦未必相等。只須各有所犧牲。由通例言之。或一方拋棄主張之一部。而他方則認諾就所減縮部分。以為給付。或一方拋棄主張之全部。而他方則認諾另為他種新給付。或一方拋棄期限利益。准予延期。而他方則認諾全部給付。故讓步之實質。

不外權利之拋棄與權利之認諾。

3　和解與處分能力　讓步之實質。既爲權利之拋棄與權利之認諾。則必須對其權利有處分權能之人。始得爲和解。故無處分權限之人或無能力人。其所爲和解。或爲無效或爲得撤銷。又和解無效或被撤銷時。曾因和解結果所爲之給付。卽失其所以給付之原因。自得依不當得利之原則。請求返還。

和解與處分能力

第二節　和解之效力

一　債務之發生　和解乃不問以前法律關係若何。而以和解契約另行確定關係。或預行確定關係。俾得終止或防止爭執。故當事人雙方。均依和解契約之內容。各負相當之債務。例如爲權利之拋棄者。負擔不再主張其權利之債務。又認諾爲他種新給付者。負擔其履行之債務是。【註一】

債務之發生

【註一】例如甲與乙爭某處房屋之所有權。嗣經和解。約定以房歸乙。而乙則給甲千元時。甲自

不得再主張其房屋所有權。而乙則亦應給付千元是。

我民法明認和解有創設的效力

二　創設的效力　和解之效力。究係創設的。抑係認定的。在外國學者。不無爭論。【註二】創設的效力云者。謂因和解契約。創設新關係。使喪失權利及取得權利。而以前法律關係若何。則置諸不問也。認定的效力云者。謂僅因和解契約。確認以前法律關係。使仍存續。並非另創設新關係也。據我民法第七三七條之規定。和解有使當事人所拋棄之權利消滅、及使當事人取得和解契約所訂明權利之效力。一方因和解契約。約定拋棄所主張之權利者。則該權利當然確定消滅。不問以前是否應歸消滅。又他方因和解契約。約定認諾此方所主張之權利者。則此方當然確定取得權利。不問以前是否應行取得。由此觀之。我民法明定和解有創設的效力。彰彰明甚。蓋和解原在另行確定關係。或預行確定關係。俾獲終止或防止爭執。而以前法律關係若何。固應置諸不問也。若僅認有認定的效力。使和解結果。動受以前法律關係之影響。則有失特設和解制度之精神矣。

【註二】 法國學者。多謂原則上和解僅有認定的效力。日本學者。或祖述法國通說。謂僅有認定的效力。或謂須據當事人意思。以資決定。其意思不明時。則認有創設的效力。要之創設的效力與認定的效力。其所以區別之實益。約有兩端。(一)原附擔保。在創設的效力。應歸消滅。而在認定的效力。則隨同存續。(二)關後發見與和解確定相反之確實證據時。在創設的效力。因以前法律關係若何。置諸不問。毫不受何等影響。而在確認的效力。不過確認以前法律關係。使仍存續。如證明以前法律關係與和解所確定者不符。則和解難免推翻。故日民法特設第六九六條。以防其弊。

和解與一般法律行為

三　和解與一般法律行為　和解既為一種契約。自應適用契約及一般法律行為之規定。遇有無效或被撤銷時。其效力應歸消滅。例如得以被詐欺、或被脅迫為理由。而撤銷和解契約是。惟錯誤則另有特別規定。

和解以不適用錯誤規定為原則

四　和解與錯誤之關係　和解不得以錯誤為理由撤銷之。(七三八條本文)此即明定和解雖為法律行為。而在原則上不適用第八八條及第八九條之錯誤規定。蓋我民法。既認

和解有創設的效力。以前法律關係若何。置諸不問。縱令因和解當事人表意錯誤。致和解契約所確定之情事。與眞正事實不符。亦不宜推翻和解契約。故原則上和解契約不以錯誤爲理由而撤銷之。惟不無例外。卽遇有左列事項之一者。仍許得以錯誤爲理由而撤銷之是也。（七三八條但書）

以適用錯誤規定爲例外

1　和解所依據之文件事後發見爲僞造或變造而和解當事人若知其爲僞造或變造卽不爲和解者　故此種撤銷。必須具備二種要件。卽（一）僞造或變造之文件。必須爲和解之基礎文件。倘非和解所依據。縱有僞造或變造之文件。亦不得據以撤銷。至於文件之僞造或變造。究出於當事人之一方。抑或出於第三人。則非所問。（二）和解當時當事人。對於文件之僞造或變造。須屬不知。若知爲僞造或變造之文件。而仍訂立和解契約。則不得據以撤銷。

2　和解事件經法院確定判決而爲當事人雙方或一方於和解當時所不知者　曾經確定判決所確定之事項。當事人間仍不妨訂立和解契約。前經述明。蓋以當事人

雙方明知已經確定判決。猶恐仍相爭執或有生爭執之虞。乃更訂立和解契約。防杜爭端。茲則訂立和解契約當時。其已經確定判決。或當事人雙方均屬不知。或至少一方尚屬不知。嗣後當事人知有確定判決。如欲據判決解決爭端。自應許其得以錯誤為理由。撤銷和解契約。但當事人若不撤銷和解契約。縱令與確定判決。互有出入。仍以和解契約為準。

3　當事人之一方對於他方當事人之資格或對於重要之爭點有錯誤而為和解者

按第八八條二項。當事人資格之錯誤。必須交易上認為重要者。始得據以撤銷。茲則當事人資格。苟有錯誤。即許得據以撤銷。蓋和解必須互相讓步。自應注意對人關係也。至於重要爭點之錯誤。亦得據以撤銷。蓋本非相爭之點。而誤為爭執。縱令成立和解契約。仍不能解決糾紛。故使得以錯誤為理由而撤銷和解契約也。

第二十四章　保證（七三九條以下德民七六五條以下瑞債四九二條以下法民二〇一一條以下意民一八九八條以下奧民一三四六條以下日民四四六條以下俄民二三六條以下）

第一節　總說

物上擔保及對人擔保

一　債權擔保　債權擔保。即確保債務履行之擔保。共有二種。物上擔保及對人擔保是也。物上擔保。亦稱爲物的擔保。即以債務人或第三人供作擔保之物。確保債務之履行。倘債務人不履行債務時。則債權人得就擔保物優先受償。如抵押權、質權等是。對人擔保。亦稱爲人的擔保。即以保證人之資力。確保債務之履行。倘債務人不履行債務時。則由保證人代負履行責任。此即所謂保證是也。

保證在羅馬法中之沿革

二　保證之沿革　保證制度。肇自羅馬。在羅馬古法。有所謂 Vadimonium 僅債務人不履行債務時。由保證人支付違約定金而已。按諸保證制度。尚屬似是而非。嗣

後Sponsio, fedepromissio, fedejussio三種制度。相繼踵生。其最後制度。羅馬市民以外之人。均可適用。保證人之義務。並應移轉於其繼承人。且將來之債務及其他各種債務。均得以保證而擔保之。此則與保證制度。完全相同矣。

三　保證在法典中之地位　考各立法例。因對於保證之觀點不同。而其在法典中之地位亦異。即(一)德民法、瑞士債務法、俄民法。規定保證於各種債權契約之中。此乃着眼於保證契約之一點。以定其地位。我民法亦倣之。(二)普國普通法及奧民法。規定保證於權利義務之保存中。此乃着眼於確保效力之一點。以定其地位。(三)法民法規定保證於財產取得編中。此乃着眼於保證人之履行。以定其地位。(四)日民法規定保證於多數當事人之債權中。此乃着眼於多數當事人之一點。以定其地位。

我民保證之地位乃着眼於保證契約之一點

第二節　保證之性質

保證之定義　保證云者。謂當事人約定一方於他方之債務人不履行債務時。由其代負履行責任之契約也。（七三九條）分晰言之。

保證乃契約　一　保證乃契約　第三人對於債權人。約定債權人之債務人不履行債務時。由其代負履行責任之契約。謂爲保證契約。其債務人謂爲主債務人。其約定代負履行責任之第三人。謂爲保證人。由此觀之。保證契約之當事人。爲保證人與債權人。故保證契約。僅因保證人與債權人雙方之合意。即行成立。毋庸經主債務人之同意。

保證契約之當事人

保證契約不受保證委任契約之影響　主債務人委託他人保證。並經他人允爲保證之契約。謂爲保證之委任契約。此委任契約。乃成立於主債務人與保證人之間。而保證契約。則成立於債權人與保證人之間。故委任契約。與保證契約。各自獨立存在。縱令委任契約無效或被撤銷。而保證契約。並不受其影響。

保證債務之成立保證因保證契約　二　保證係約定主債務人不履行債務時由保證人代負履行責任之契約　保證契約之標的。在使保證人於債權人之債務人即主債務人。不履行債務時。由其代負履行責

任。保證人所負此項債務。謂爲保證債務。而主債務人所負債務。謂爲主債務。故保證債務之成立。係因保證契約。且保證債務。旣係主債務不履行時代負履行之債務。【註一】則保證債務之成立。更須主債務之存在爲前提。但保證債務乃保證人與債權人間之債務。而主債務則爲主債務人與債權人間之債務。兩者係各別債務。非同一債務。縱令在外表上因同一法律行爲而成立。仍各有其發生行爲。【註二】故主債務與保證債務。乃各因其事由而各別成立者也。（保證債務與主債務須各別成立）

保證債務與免保義務。不可混同。蓋保證債務乃保證人與債權人間之債務。而免保義務。則爲債務人與債權人間之債務。卽債務人對於債權人。依法律規定或依彼此約定。應委託他人保證。以確保其債務之履行也。【註三】（與免保義務不可混同）

【註一】　保證債務之意義。徵諸學說及各立法例。約分二種。（保證債務之二種意義）(一)謂保證債務乃履行主債務人之債務。卽保證人於主債務人不履行債務時。應負履行其債務之義務。法民採之。(法民二〇一一條)日民之規定亦同。(日民四四六條)(二)謂保證債務乃擔保他人履行債務之債務。卽保證人對於主債

務人之履行。負其責任。使債權人不受主債務不履行之損害。德民、瑞債、蘇俄民法均採此見解。故規定保證人對於第三人之履行債務。負其責任。（德民七六五條瑞債四九二條蘇俄民法二三六條）至於我民第七三九條之規定。乃採第一種見解。

以上二種見解之差異。重在專屬的債務。（即必須債務人自己履行不許他人代爲履行之債務）能否保證。據第一種見解。保證人之債務。在應履行主債務人之債務。故保證人所得保證之債務。須係他人得代爲履行者。若必須債務人自己履行之專屬的債務。則不得保證。但據第二種見解。保證人非應履行主債務人之債務。不過就主債務人之履行。負其責任。使債權人不受主債務不履行之損害而已。故專屬的債務。亦得保證。

【註二】 例如保證人與主債務人在同一借據上。共同簽名。交付於貸與人時。外表上固似爲一個行爲。但在法理上。則爲二個獨立行爲。即由金錢消費借貸契約之行爲。發生主債務人與債權人間之主債務。而同時復由保證契約之行爲。發生保證人與債權人間之保證債務是。

【註三】 日民關於覓保義務。（原稱立保證人之義務）及保證人資格。設有規定。（日民四五〇條

四五一條）

保證乃不要式契約

三　保證乃不要式契約　保證契約。僅因保證人與債權人間之合意。卽行成立。毋庸別具何等方式。故爲不要式契約。【註四】但我國習慣。多寫立保證書。

【註四】　考外國立法例。定爲要式契約者。亦復不少。例如英國。凡訂立保證契約。必須作成書面。並由保證人簽名。（英國詐僞條例 Statute of frauds 參照）又如德民、瑞債。凡保證契約。非以書面表示意思。則不生效。（德民七六六條瑞債四九三條）又如蘇俄民法。以保證而負義務者。必須以書面之方式爲之（蘇俄民法二三八條）等是。蓋以保證債務。在保證人。責任重大。鮮有利益。其承擔保證義務。宜深加審愼。確出眞意。故規定須以書面表示之。

保證通常爲片務契約

四　保證通常爲片務契約　在保證契約。僅保證人對於債權人負擔債務。而債權人對於保證人。則不負擔債務。故爲片務契約。但得以當事人之合意。使債權人對於保證人。亦負債務。卽如約定以債權人之減少原本、利息。或延長淸償期限。作爲保證人負擔保證債務之條件時。則爲雙務契約矣。

保證通常爲無償契約

五　保證通常爲無償契約　在保證契約。僅保證人向債權人有所給付。而債權人向保證人。則無所給付。故爲無償契約。但以當事人之合意。使債權人對於保證人有所酬報時。則爲有償契約矣。

第三節　保證債務

第一款　保證債務之性質

保證債務之意義

保證債務。乃主債務人不履行債務時。由保證人代負履行責任之債務。而其成立。係因保證契約。前經述及。茲更就論究其性質。

保證與主債務併存

一　保證債務係與主債務併存之債務　保證債務之成立。以主債務之存在爲前提。（瑞債四九四條一項參照）並非替代主債務之債務。乃與主債務併存之債務。故保證債務之成立。非以消滅主債務。乃以確保主債務之效力。【註一】又保證債務與主債務。並非合

爲一個債務。而保證債務。亦非主債務之擴充。

【註一】　前大理院判例謂債務之保證。與債務之承任(卽現行民法所謂承擔)不同。保證在約明債務人不履行時。代負履行之義務。承任在使債務人脫退債務關係。逕由承任人負擔淸償之義務。(民國六年上字六九〇號)

保證債務之從屬性

二　保證債務乃從債務　保證債務之目的。在確保主債務之效力。旣因主債務而存在。自必附隨於主債務。此之謂保證債務之從屬性或附隨性。以此結果。保證債務之運命及範圍。亦隨同主債務。卽(一)主債務消滅時。保證債務亦隨同消滅。(二)主債務內容變更。例如變爲損害賠償債務時。保證債務亦隨同變更。(七四〇條參照)(三)主債務效力之強弱。亦及於保證債務。例如保證人得主張主債務人所有之抗辯是。(七四二條一項)

保證債務之通常補充性

三　保證債務乃通常補充債務　保證人於主債務人不履行債務時。始由其代負履行責任。(七三九條)此之謂補充性。但在連帶保證。因保證人與主債務人之責任。並無先

後之分。而保證債務。亦卽無補充性。故僅謂爲有通常補充性。

保證債務與主債務須屬同一內容

四　保證債務之標的與主債務之標的須屬同一　主債務人不履行債務時。由保證人代負履行責任。保證人所負責任。卽在應履行主債務人之債務。故保證債務之內容。與主債務之內容。必須同一。然後保證人始代爲履行。而其所代履行。亦始得恰如主債務人自己履行。因保證債務之履行。而主債務卽行消滅者。蓋以兩者有同一標的也。若保證債務與主債務。其標的各異。固可視爲別種債務。但非保證債務。【註二】

【註二】例如債務人甲負擔交付某處房屋。而保證人乙則對於債權人。約定債務人如不交付。卽交付其自己所有他處房屋。又如債務人甲負擔某處地皮。而保證人則對於債權人。約定債務人如不交付。卽支付金錢若干。此皆不得謂爲保證債務。

保證債務無專屬性

五　保證債務無專屬性　保證債務。並非專屬保證人一身之債務。故保證人死亡時。其繼承人應繼承其義務。而債權人之繼承人。亦繼承其利益。

保證債務與主債務之輕重

六　保證債務不得較重於主債務　保證人之負擔。較主債務爲重者。應縮減至主債務之限度。（七四一條並參照日民四四八條）蓋主債務人不履行債務時。始由保證人代負履行責任。由此項補充性言之。保證人之負擔。自不得較重於主債務。即如保證債務之額數。不得較多於主債務之額數。【註三】又如保證債務之體態。即條件之有無、期限之長短、選擇權之有無等項。亦不得較重於主債務之體態【註四】。故保證債務之額數或體態。若較重於主債務。則應縮減至主債務之限度。但保證債務之額數或體態。得較輕於主債務。此則就第七四一條之反面解釋言之。甚屬顯然。

保證人之負擔。不得較重於主債務。此乃就保證債務之性質言之。若當事人之意思。係以主債務不履行爲條件。而約定另負他種獨立債務者。縱令其額數或體態。較重於主債務。仍不縮減至主債務之限度。

保證債務與主債務。各有其存在。故僅就保證債務另定確保履行之方法者。不謂其負擔較重於主債務。仍得爲之。【註五】

【註三】例如主債務僅係千元。而保證債務則為千五百元。此則額數較重於主債務矣。

【註四】例如主債務有條件。而保證債務無條件。又如主債務以十二月末日為清償期。而保證債務則以十月末日為清償期。又如在主債務。其主債務人有選擇權。而在保證債務。其保證人無選擇權。此則體態較重於主債務矣。

【註五】例如主債務雖未設定物上擔保。而僅就保證債務。得設定物上擔保是。

第二款　保證債務之範圍

保證債務之範圍。在保證契約。曾經約定者。謂之有限保證。其未經約定者。謂之無限保證。

無限保證之標準規定

一　無限保證　保證債務之範圍。未經約定者。不得不設標準規定。以資依據。我民法倣法國法例。不僅主債務之變更擴充。應予保證。此外凡從屬於主債務之債務。均應保證。【註一】故我民法第七四〇條。規定保證債務。除契約另有訂定外。包

含主債務之利息、違約金、損害賠償、及其他從屬於主債務之負擔。至於主債務之原本全部。應由保證人擔保。更不待言。茲就原本以外者。分述於左。

德民與法民不同

【註一】　按無限保證之標準規定。德民與法民。規定不同。據德民規定保證人之債務。以主債務之現狀爲標準。主債務因主債務人之過失或遲延而變更時。其效力亦及於保證債務。（德民七六七條）瑞債規定。大致相同。（瑞債四九九條）此乃限制保證債務之從屬性。以決定保證債務之範圍。即保證人固應於保證契約訂立時之狀態。保證主債務。而嗣後因給付不能或給付遲延所生之損害賠償。不過爲主債務之變更或擴張。保證人亦應保證之。但其發生係另由獨立契約。非出於主債務契約者。例如約定利息違約金等。據德民解釋。自不在當然保證之列。至於法國法系。則擴充保證債務之從屬性。保證人不僅應保證主債務之變更擴張。此外凡從屬於主債務者。縱令獨立發生。仍在當然保證之列。此乃推測一般當事人意思所定之規定也。（法民二〇一六條意民一九〇三條日民四四七條一項蘇俄民法二三九條）及我民法均倣之。

我民規定保仿法民

1　利息　凡主債務所生之利息。無論法定利息或約定利息。又不問保證人知與

不知。保證人均係擔保之。【註二】但此僅為標準規定。如保證人曾約定不擔保利息者。仍從其特約。

【註二】據德民見解。保證人僅擔保法定利息。不擔保約定利息。僅保證人於保證契約當時。知有利息並毫不留保者。始推定有擔保利息之意思耳。但我民既倣法國法例。自不得採同一見解。

2 違約金　違約金債務。為從屬於主債務之債務。故保證人當然擔保之。

3 損害賠償　主債務給付不能之不履行損害賠償。（二二六條參照）或主債務給付遲延之遲延損害賠償。（二三一條一項參照）保證人均應擔保之。蓋前者為主債務之變更。而後者則為主債務之擴張也。此外主債務人因法律規定或契約。對於事變負責時。保證人對於因事變所生損害賠償。亦負擔保之責。

4 其他從屬於主債務之負擔　例如主債務人所應負擔之結約費用、催告費用、終止契約費用、登記費用、公證費用、訴訟費用等是。此等費用之負擔。乃從屬於主債務之債務。故保證人應擔保之。【註三】

【註三】　德民僅規定主債務人對於債權人所應償還之終止契約費及訴訟費用。始由保證人任責。（德民七六七條二項）

保證債務與主契約解除之關係

因主債務人不盡履行義務。致債權人解除契約。其原狀回復之義務。是否應由保證人擔保。頗有爭議。竊以依我民法第七四〇條之規定。保證債務。應與主債務同其範圍。主債務人既負原狀回復之義務。則保證人亦應負同一義務也。

保證契約訂立之後。雖因主債務人與債權人間之契約。擴張主債務之範圍。而保證人並不因此更加負擔。（德民七六七條一項後段參照）【註四】但因主債務人與債權人間契約。縮減主債務之範圍時。保證人亦同享其利益。

【註四】　例如原爲無利息債務而新加利息或更約定違約金是。

有限保證

二　有限保證　保證債務之範圍。得由當事人自由約定之。（七四〇條中段參照）但不得較主債務爲重。（七四一條參照）至於較主債務爲輕。則毫無限制。即如或僅保證原本不保證利息。或僅保證原本之一部。或僅保證訂約時狀態之債務。不保證嗣後之變更擴張。

或僅於一定期間內保證。或僅自己本身保證。不移轉於繼承人。均無不可。

第三款　主債務種類與保證債務性質之關係

主債務之發生原因。無論爲法律行爲。或法律規定。（例如違法行爲）而其所發生之主債務。原則上均得保證。茲更就主債務之種類與保證債務之性質。述其能否保證於左。

不代替給付之債務能否保證

一　保證之主債務是否以代替給付之債務爲限　據我民法第七三九條之規定。保證人於主債務人不履行債務時。由其代負履行責任。就其解釋言之。必須主債務人所負債務。係屬他人得代替履行之債務。【註一】始得由保證人擔保之。故一般通說。均主張所得保證之主債務。以代替給付之債務爲限。【註二】若不代替給付之債務。如專屬的債務。【註三】或不作爲之債務【註四】等。則不得保證之。但據予所見。所謂代負履行責任。乃言保證人代爲履行。恰如主債務人自己履行。即實現與主債務

同一內容而已足。並非專指必須爲主債務之本來給付。故在有限保證。對於專屬的債務或不作爲之債務。僅約定代負履行責任。將不履行之損害賠償或違約金等。概行除外者。其保證契約。固屬無效。然在無限保證。其保證債務之範圍。非僅限於須爲主債務之本來給付。而主債務不履行之損害賠償或違約金等。亦包含之。（七四〇條參照）

不代替給付的債務之保證亦得有效

是以所保證之主債務。如係代替給付之債務時。保證人固須爲其本來給付。若所保證之主債務。係屬不代替給付之債務。如專屬的債務或不作爲之債務等。不許由代替履行時。保證人亦應爲其不履行之損害賠償。且一般保證契約當事人之意思。復多應解爲負擔不履行之損害賠償。【註五】由此觀之。所得保證之主債務。似非以代替給付債務爲限。應審究保證契約當事人之意思。以資解決。

【註一】 例如金錢債務。其保證人自得代替履行。又如應交西貢米千包之債務。其保證人亦得代替履行是。

【註二】 請參照本章第二節註一。

【註三】 例如書畫家應寫書畫之債務。借用人應返還借用物之債務。須有特殊技能之承攬工程債務等。必須債務人自己履行。不許他人代爲履行者是。

【註四】 在不作爲之債務。其債務人不履行其義務時。保證人雖代爲履行。仍無效益。故其性質。亦必須債務人自己履行。不許他人代爲履行也。

【註五】 例如在須有特殊技能之工程承攬契約。充當承攬人之保證人者。或在僱傭契約。充當受僱人之保證人者。並非應代爲其本來給付。不過負擔其不履行所生損害賠償之義務而已是也。

未確定額數之債務亦得保證

二　未確定額數債務之保證　主債務之額數。在保證契約訂立當時。非必須確定。其不確定者。亦得保證之。雖主債務之額數。常生變更時。亦得以一定額數爲限度而保證之。【註六】

【註六】 例如債務人乙隨時向其往來銀行借用金錢時。由甲定最多額數。而預爲保證是。

將來之債務亦得保證

三　將來債務之保證　將來債務云者。在保證契約訂立當時。尚未發生。僅係將來發生可能之債務也。此項債務。亦得保證之。【註七】蓋以預期將來債務之發生而爲

其保證。並不違背公序良俗。且嗣後主債務成立時。保證債務亦生其效力也。

【註七】例如甲對於乙與丙間將來買賣。而預行約定爲乙之保證人。又如身分保證。乃擔保將來本人不履行所生之損害賠償。又如信用保證。乃給與信用於第三人。使該第三人將來得向其債權人借入金錢或賒買貨物等是。

（附有條件之債務亦得保證）

四　附有條件債務之保證　附有條件之債務。亦得保證之。【註八】惟保證債務。亦爲附有條件。此蓋保證債務之從屬性所當然也。

【註八】德民瑞債。均明定將來之債務及附有條件之債務。亦得保證之。（德民七六五條二項瑞債四九九條）

（無效債務能否保證）

五　無效債務之能否保證　此應分爲原則與例外而說明之。

（原則上保證無效）

1　原則上保證無效　由保證債務之從屬性言之。主債務無效。則保證債務亦應隨同無效。故主債務因其之原因行爲之違法、（七一條七二條參照）違背方式、（七三條參照）無行爲能力（七五條參照）等項。以致無效時。保證債務。亦無從成立矣。惟消滅時效完

成後之債務。仍得保證。蓋以在我民法。債權消滅時效之完成。僅其請求權消滅。而債權並未消滅。（一四四條參照）故主債務仍猶存續。自尚得保證之也。

例外上保證有效

2 例外上保證有效 我民法第七四三條。規定保證人對於因錯誤或行爲能力之欠缺而無效之債務。如知其情事而爲保證者。其保證仍爲有效。此即規定主債務因其原因行爲之錯誤或無行爲能力。以致無效時。【註九】保證人如知其情事而仍爲保證者。雖主債務人因主債務無效。不負責任。而保證人之保證。則仍有效成立。應獨立負其責任。誠可謂爲從屬性之例外矣。蓋以保證人明知主債務無效。而仍爲保證。實乃就無效之危險。對於債權人。負擔保責任。故主債務雖屬無效。而保證人仍應獨立負責也。【註十】但保證人不知有此等情事。而爲保證者。其保證自屬無效。

【註九】 按我民法關於錯誤之效力。採撤銷主義。僅以爲撤銷之原因。非以爲無效之原因。（八八條參照）茲所謂因錯誤而無效。似有牴觸。蓋我民法第七四三條。乃抄襲瑞士債務法第四九四條

三項。在瑞士債務法。關於結契表示錯誤之效力。認爲對重大錯誤表意人。無拘束力。（瑞債二三條參照）即此重大錯誤表意人。並不因所結契約。負其義務。是以瑞士債務法第四九四條三項。規定保證人對於主債務人因錯誤或契約無能力不負義務契約所生債務。如知其契約當時主債務實有此等瑕疵情事者。其保證仍爲有效。但我民法第七四三條。並未如瑞士債務法第四九四條三項明定主債務無效。係因錯誤結約所致。而僅定爲因錯誤無效。核與我民法第八八條。自屬牴觸。故我民法第七四三條所謂因錯誤無效。宜解爲因主債務原因契約之際存不合意。即其當事人誤信爲意思一致。而實際上並不一致。以致契約不成立。而主債務亦無從有效也。（參照拙著債編總論上册六八頁）

【註十】　按法民第二〇一二條二項。規定得保證未成年人之債務。其解釋即謂就未成年人所負債務無效之危險。對於債權人。負擔保責任。故主債務雖屬無效。而保證人仍應獨立負責也。

得撤銷之債務亦得保證之

六　得撤銷債務之保證　主債務人就其債之發生原因之法律行爲。有撤銷權者。保證人對於債權人。得拒絕清償。（七四四條德民七七〇條一項）據此規定。即主債務雖爲得撤銷之債務。而保證人仍得保證之。唯對於債權人得拒絕清償而已。蓋主債務所由發生之原

因行爲。因被詐欺或被脅迫得撤銷時。（參照九二條）主債務人如撤銷此原因行爲。則主債務自歸無效。而保證亦應隨同無效。但在未撤銷以前。主債務尚屬有效。而保證亦隨同有效。故主債務雖爲得撤銷之債務。仍得保證之。唯保證人得以得撤銷爲抗辯事由。對於債權人。拒絕淸償而已。

第四節　保證之效力

保證所生之效力。有生於保證人與債權人間者。又有生於保證人與主債務人間者。茲分別說明之。

第一款　保證人與債權人間之效力

第一項　保證人之抗辯

債權人之權利

一　總說　債權人於主債務之清償期屆至時。得逕向保證人請求履行。毋庸先向主債務人請求履行。唯保證人得據其抗辯。以拒絕債權人之請求耳。

保證人抗辯之種類

保證人之抗辯。大別爲二。卽保證人以一般債務人資格所有抗辯。及以其保證人特別資格所有抗辯是也。保證人以一般債務資格所有抗辯。與一般債務無異。【註一】玆不贅述。至於保證人。以其保證人特別資格所有抗辯。更得分爲二種。卽主債務人所有之抗辯及檢索之抗辯是也。玆逐次說明之。

【註一】按保證債務與一般債務無異。故一般債務人所有之抗辯。保證人當亦有之。例如以保證契約無效而抗辯。又如以保證債務已因履行消滅而抗辯。又如以保證債務因消滅時效完成而抗辯等是。

主債務人所有抗辯保證人得主張之

二　主債務人所有之抗辯　我民法第七四二條一項。規定主債務人所有之抗辯。保證人得主張之。【註二】蓋就保證債務之從屬性言之。主債務效力之強弱。當然亦及於保證債務。故債權人向保證人請求清償時。保證人得主張主債務人所有之抗辯。

以拒絕自己債務之清償。所謂抗辯。大別爲三。即權利不發生之抗辯。權利消滅之抗辯。及給付拒絕之抗辯是也。【註三】

【註二】 主債務人所有之抗辯。保證人得主張之。自羅馬法以來。各立法例。殆均明定。如普國法一部一四章三一〇條、德民七六八條、瑞債五〇六條、法民二〇三六條、意民一九二七條、蘇俄民法二四五條等是。日民雖未明定。而學者之解釋亦同。

【註三】 何謂抗辯。據德民之解釋通義。凡被告反對原告請求所主張之事實。謂爲廣義的抗辯。此廣義的抗辯。更分爲三種。即權利不發生之抗辯。權利消滅之抗辯。及狹義的抗辯是也。權利不發生之抗辯。亦稱爲權利否認之抗辯。謂以原告之權利。自始並未發生爲抗辯也。權利消滅之抗辯。謂以原告之權利。雖曾發生。但已消滅爲抗辯也。狹義的抗辯。即給付拒絕之抗辯。謂雖承認原告請求權之存在。但對其請求。拒絕給付。以阻止其請求權行使之抗辯也。再此狹義的抗辯。更得分爲永久抗辯及延期抗辯二種。

1 權利未發生之抗辯 即主債務因違法、無行爲能力、隱存不合意等原因。不

發生時。保證人得據主債務之不發生。而主張保證債務亦不發生也。惟有第七四三條之例外。

2 權利消滅之抗辯 即主債務雖曾有效發生。但因清償、抵銷、或其他原因。已消滅時。保證人得據主債務之消滅。而主張保證債務亦消滅也。

3 給付拒絕之抗辯 即如主債務係由雙務契約發生時。保證人得據同時履行之抗辯。（二六四條）以拒絕自己之給付是。

主債務人拋棄抗辯者保證人仍得主張之

主債務人拋棄其抗辯者。保證人仍得主張之。（七四二條二項 德民七六八條 蘇俄民法二四五條）蓋保證人主張主債務人所有之抗辯。並非代行主債務人之抗辯。乃以主債務人之抗辯。作爲自己之抗辯。以拒絕自己債務之淸償。故主債務人拋棄其抗辯者。在主債務人雖喪失其抗辯。而保證人仍得主張之。

保證人對於主債務人之抵銷

保證人能否行使主債務人所有之抵銷權、撤銷權、解除權。以及能否主張主債務人之此等權利以爲抗辯。頗有爭論。蓋此等權利之是否行使。乃主債務人本人之權

權撤銷權解除權能否行使及以爲抗辯問題

利。若保證人亦得行使。未免干涉主債務之權利行動。又此等權利與抗辯有別。〔註四〕不能依據保證人得主張主債務人所有抗辯之規定。當然由保證人得主張之。故必須法律特別規定。然後保證人始得行使此等權利。〔註五〕或始能據以抗辯。

保證人得據主債務人之撤銷權以爲抗辯

〔註六〕按我民法第七四四條。規定主債務人就其債之發生原因之法律行爲有撤銷權者。保證人對於債權人。得拒清償。此卽明定保證人得將主債務人之撤銷權。作爲自己抗辯。以拒絕自己債務之清償。是以在我民法。主債務人之撤銷權。保證人僅得據以抗辯。但不得行使。彰彰明甚。至於主債務之抵銷權、解除權二者。在我民法。旣別無規定。匪特不能行使。且不得據以抗辯矣。

〔註四〕　按抵銷權、撤銷權、解除權。固足消滅權利或反對原告之請求。核與抗辯似屬相同。但必行使之後。始生消滅之效果。自非權利不發生之抗辯及權利消滅之抗辯。又此等權利之行使。必消滅債權人之權利。亦與拒絕給付之抗辯。僅對於債權人之請求拒絕給付。以阻止其請求權之行使者。復不相同。故謂抵銷權、撤銷權、解除權等。並非抗辯。

【註五】按保證人得以主債務人對債權人所有之債權。供諸自己抵銷之用。在羅馬法德意志普通法。均曾認許。法國民法。亦有明文。(法民一二九四條)但我民法。既無此項明文。自不得採同一解釋。

【註六】按德民法第七七〇條一項。認許保證人得將主債務人之撤銷權。作爲自己抗辯。以拒絕自己債務之清償。又同條二項。認許保證人得將主債務人之抵銷權。作爲自己抗辯。以拒絕自己債務之清償。我民法第七四四條。實僅抄襲德民第七七〇條一項之規定。

認許檢索抗辯之理由

三　檢索之抗辯　保證債務之目的。在擔保他人之債務。主債務人不履行債務時。保證人始代負履行責任。故債權人應先就主債務人之財產。強制執行。以求滿足。俟無效果。然後自保證人領受清償。始可謂爲公平。且合乎保證人之意思。此之謂檢索之利益。自羅馬法以來。各立法例。殆均認之。惟或以爲債權人請求權之要件。或以爲保證人拒絕清償之抗辯。【註七】其以爲保證人之抗辯者。謂爲檢索之抗辯。

【註七】在古羅馬法。保證人尚無檢索之利益。降及儒帝。始認保證人有檢索之利益。嗣後繼承羅馬法諸國。殆均認之。其所認程度。非必相同。有以檢索爲債權人向保證人請求之要件者。即債權人之向保證人請求也。須證明就主債務人之財產已爲強制執行而無效果。如瑞債（四九五條）普國法（第一部第十四章第二八三條以下）及我民法第一次草案（八六八條）等是。有以檢索爲保證人對債權人拒絕清償之抗辯者。即債權人就主債務人之財產。雖不爲執行。亦得逕向保證人請求。唯保證人據檢索之利益。以爲抗辯時。債權人始須就主債務人之財產。爲強制執行耳。如德民（七七一條以下）法民（二〇二一條以下）意民（一〇九八條以下）等是。我民法亦同。但奧民並不認檢索之利益。債權人之向保證人請求也。僅須已向主債務人爲催告而已足。實即以催告爲債權人對保證人請求之要件。（奧民一三五五條）日民則以催告及檢索爲保證人對債權人拒絕清償之抗辯。實即於催告之抗辯及檢索之抗辯。兩均兼認。（日民四五二條四五三條）此外在商事保證。尚有不認檢索利益之制度。原肇自中世商人團體之習慣。各國商法。除法商法外。殆均明定。如德商（三四九條）日商（二七三條）等是。蓋在商業交易。債權之實行。務求迅速簡便。而保證人之擔保主債務也。又不僅

商事保證之連帶

擔保資力之有無。且應擔保履行之迅速。故使保證人與主債務人。負連帶責任。並無檢索之利益也。迄至蘇俄。更於民法中。規定保證人與主債務人。原則上應負連帶責任。（蘇俄民法二四一條無分民商。一體適用矣。

俄民無檢索之利益

檢索抗辯之意義

1　檢索抗辯之意義　檢索之抗辯。亦稱為先訴抗辯。謂保證人於債權人未就主債務人之財產強制執行而無效果前。對於債權人。得拒絕清償之抗辯也。（七四五條德民七七一條）此乃倣多數立法例。以檢索為保證人對債權人拒絕清償之抗辯。並不以為債權人對保證人請求之要件。故債權人就主債務人之財產。雖未為強制執行前。仍可向保證人請求。唯保證人對其請求。得據檢索之抗辯。以拒清償而已。且僅在債權人未就主債務人之財產強制執行而無效果前。得拒絕清償。並無否認債權人請求權之效力。實不過一種延期抗辯。若嗣後債權人就主債務人之財產。已為強制執行而無效果時。自得更向保證人請求。

喪失之原

2　檢索抗辯之喪失　保證人在通常情形。固有檢索之抗辯。但有左列情形之一

者。則喪失其檢索之抗辯。（民七四六條參照）（民七七三條）對於債權人之請求。應即爲清償。

甲　保證人拋棄檢索抗辯之權利者　檢索之抗辯。爲保證人之權利。自得自由拋棄之。而其拋棄。有自初拋棄者。連帶保證是也。又有至後拋棄者。即保證人受債權人之請求時。並不主張檢索之抗辯。而即行清償也。

乙　保證契約成立後主債務人之住所營業所或居所有變更致向其請求清償發生困難者　在此情形。保證人喪失檢索之抗辯。須具備二要件。即（一）須主債務人於保證人契約成立後。變更其住所營業所或居所。例如遷移遠方。或所在不明是。（二）須因上項變更。致債權人向主債務人請求清償。發生困難。例如遷移遠方。不便請求清償。或所在不明。無從請求清償是。苟因上項變更。致請求清償發生困難。則主債務人有無資力。在所不問。

丙　主債務人受破產宣告者　主債務人既受破產宣告。則無清償之資力。已屬顯然。自應由保證人清償。不得爲檢索之抗辯。

丁　主債務人之財產不足清償其債務者　主債務人之財產。苟不足清償債務。即屬無清償之資力。而保證人應即清償。雖主債務人之財產。尚可清償債務之一部。亦不得爲檢索之抗辯。

第二項　向主債務人請求履行及其他中斷行爲之效力

中斷時效之行爲對於保證人亦生效力

一　總說　向主債務人請求履行、及爲其他中斷時效之行爲。對於保證人。亦生效力。（七四七條）【註一】此即使對於主債務人之時效中斷。對於保證人亦時效中斷。蓋恐主債務消滅時效。尚未完成。而保證債務消滅時效。業已完成。致變爲無保證之債務。且債權人若須向主債務及保證人兩方面。分別爲此項行爲。亦未免徒生勞費。故爲保護債權人利益起見。特設此便宜規定也。【註二】

【註一】　此項規定。創自法國法系。如法民二二五〇條意民二一三二條是。日民倣之。（日民四五七條一項）我民復倣之。至於德國法系。則無此規定。不過主債務之消滅時效完成時。保證人依得

主張主債務人所有抗辯之規定。（德民七六八條前段）可據以拒絕自己債務之清償耳。並非謂應用德民第七六八條前段之規定。即使對於主債務人之時效中斷。對於保證人。亦生效力。故我民第七四七條似難謂爲第七四二條之應用。

【註二】 學者之間。固有謂此項規定。爲保證債務從屬性當然之規定。但主債務與保證債務。究爲二個各別債務。保證債務。固以從屬性。隨同主債務而消滅。亦仍得單獨消滅。故對於主債務人之時效中斷。似難以保證債務之從屬性。即解爲對於保證人。亦生效力。

履行請求僅指所生時效中斷之效力

二 向主債務人之履行請求 所謂履行請求。本生遲延責任（二二九條二項參照）及時效中斷二種效力。但主債務人履行遲延之損害賠償。當然在保證債務範圍之內。（七四〇條參照）毋庸再行規定。故茲所謂履行請求。僅言其對於主債務人所生時效中斷。對於保證人。亦生效力也。

其他中斷時效之行爲應將承認除外

三 其他中斷時效之行爲 中斷時效之行爲。在我民法第一二九條。已經列舉。履行請求。亦在其中。惟該條所舉承認。應予除外。蓋我民法第七四七條所謂中斷時

效之行爲。對於保證人。亦生效力者。僅以債權人向主債務人所爲者爲限。若承認乃主債務人向債權人所爲之行爲。非債權人向主債務人所爲之行爲。本不包含在內。且主債務人承認以致時效中斷。乃拋棄抗辯之行爲。保證人依第七四二條二項之規定。仍得主張時效。以爲抗辯。此項時效中斷。對於保證人。自不生效。故謂承認一項。應予除外也。

第三項　共同保證

何謂共同保證

一　共同保證之意義　共同保證云者。數保證人保證同一債務之謂也。質言之卽數人對於同一債務人。就同一債務而爲保證也。至於負擔保證債務之行爲。是同時或先後。又是否同一行爲或分別行爲。均非所問。再其各保證人所負義務之程度若何。在各立法例。非必一致。有採分擔主義者。卽各保證人平均分擔其債務。此之謂

分擔責任及連帶責任

分擔利益。亦稱爲分別利益。【註二】又有採連帶主義者。卽數保證人連帶保證全部

債務。均有履行全部債務之義務。並無分擔利益。【註二】按共同保證。原期增強擔保之效力。若採分擔主義。反不及一人保證之效力。【註三】自與共同保證之目的不符。故現代立法。均趨向連帶責任主義矣。

【註一】羅馬法自儒帝時起。已認有分擔利益。即其中一保證人受請求時。得以平均分擔爲抗辯。而享受分擔利益。嗣後法民、意民均倣之。（法民二〇二五條至二〇二七條意民一九一一條至一九一三條）至於日民、瑞債。竟依法律規定。當然有分擔利益。並非僅以爲抗辯。惟瑞債對於他保證人之分擔部分。尚須負再保證人之責耳。（日民四五六條瑞債四九七條）

【註二】採連帶責任主義者。如普國法第一部第十四章三七三條三七四條三七八條德民七六九條奧民一三五九條是。

【註三】即數保證人平均分擔時。債權人僅得向各保證人。就其平均分擔部分。領受清償。若其中有無資力之人。則債權人必因以受損。故謂反不及一人保證之效力。

【註四】最新立法。如蘇俄民法二四〇條我民法七四八條。均採連帶主義是。

我民以連帶責任爲原則

二　我民法以連帶爲原則　我民法第七四八條。規定數人保證同一債務者。除契約另有訂定外。應連帶負保證責任。此卽表明在共同保證。其各保證人原則上應負連帶責任。卽成立連帶債務。債權人得對於保證人中之一人或數人或其全體。同時或先後請求淸償全部或一部。（二七三條參照）保證人中之一人。如被請求全部時。應卽爲全部之淸償。不得藉口尙有其他保證人。主張平均分擔淸償。惟共同保證之各保證人。雖負連帶責任。仍不失其所有之抗辯。

保證人中之一人向債權人爲淸償及其他免責行爲後。其他保證人。亦同免其責任。（二七四條參照）在此情形。該保證人自得按其內部各自分擔之部分。向他保證人。請求償還。（二八〇條至二八二條參照）

分擔之特約有效

三　分擔之特約　在共同保證。其保證人應負連帶責任。乃任意法規。故數保證人與債權人。訂有負分擔責任之特約者。其特約有效。各保證人得享有分擔利益。我民法第七四八條中段所謂契約另有訂定。卽屬此義。數保證人特約負分擔責任時。

則保證債務。應按保證人數。平均分析。各保證人。僅就自己分擔部分。負其義務。雖其一人或數人。因無資力不能履行其債務。亦無代爲淸償之責。

主債務不可分者。其保證債務。亦不可分。故數保證人保證同一不可分債務。而訂有負分擔責任之特約者。其特約無效。仍應負連帶責任。

第四項　連帶保證

何謂連帶保證

一　連帶保證之意義　連帶保證云者。謂保證人對於債權人約與主債務人負連帶責任之保證也。按普通保證債務。原有補充性。依第七四五條之規定。債權人未就主債務人之財產爲強制執行而無效果前。保證人得以檢索之抗辯。拒絕自己債務之淸償。是主債務人與保證人之責任。原有先後之分。但此項規定。乃任意法規。故保證人債權人間。約定保證人與主債務人連帶而保證債務者。其特約有效。卽應與主債務人。負連帶責任。而喪失檢索抗辯之利益。其與主債務人之責任。並無先後之

分矣。

連帶保證之效力

二　連帶保證之效力　在連帶保證。債權人對於保證人及主債務人。得任意先後選擇請求清償。(二七三條參照)保證人如被請求時。應卽清償。不得據檢索之抗辯。以拒絕清償。故謂保證人喪失檢索抗辯之利益。其責任與主債務人之責任。無先後之分。惟連帶保證。仍爲保證債務之一種。凡因從屬性所有之法規。當然適用。故主債務人所有之抗辯。保證人仍得主張之。又主債務消滅時。保證債務。仍隨同消滅。

連帶保證與共同保證連帶之異同

三　連帶保證與共同保證連帶之異同　在連帶保證及共同保證連帶。其保證人固均負連帶責任。但連帶保證。乃保證人與主債務人間之連帶。而共同保證連帶。則爲保證人間之連帶。兩者實有差異。

第二款　保證人與主債務人間之效力

第一項　總說

內部關係

一　保證人與主債務人間之關係　保證債務乃保證人與債權人間之關係。於保證人與主債務人間之關係無涉。故保證人與主債務人間之關係。應依其彼此間法律關係卽內部關係定之。或由法律特別規定之。

內部關係之種類

二　保證人與主債務人間關係之種類　保證人之擔承保證也。有因受主債務人之委任者。有未受主債務人之委任者。在保證人受主債務人之委任而爲保證者。保證人與主債務人之間。自成立委任關係。在保證人未受主債務人之委任而爲保證者。保證人與主債務人之間。應生無因管理關係。但保證人以贈與之意思而爲保證者。則毫不生此等關係。

第二項　保證人之求償權

何謂保證人之求償權

一　保證人求償權之意義　保證人之求償權云者。謂保證人因履行保證債務而爲清償或其他行爲。（例如抵銷、承擔債務、或更改等）以消滅主債務後。得向主債務人請求償還之權利也。按保證人與主債務人間之求償關係。應依保證人所以承擔保證之原因關係。卽委任或無因管理定之。以原因關係不同。而求償關係亦異。故各立法例大別爲二。（一）有關於保證人求償。不另設規定。而使依保證人與主債務人間之原因關係卽委任或無因管理之規定者。如德民、奧民、瑞債等是。（二）有關於保證人求償。另行詳設規定者。如法國法系民法及日民是。至於我國民法。倣第一法例。關於保證人求償。毫未規定。此乃使依保證人所以承擔保證之原因關係。卽委任或無因管理之規定。並非否認保證人有求償權也。

在我民法求償權依內部關係決之

保證人之求償。必須限於自己有所給付。致有債的消滅主債務者。若毫無所給付。僅因其盡力致主債務消滅者。自不得向主債務人求償。

受委任而

二　保證人受委任而爲保證時之求償　保證人受主債務人之委任而爲保證者。保證

得保證時之求償依委任規定決之

人與主債務人之間。原成立委任關係。其求償關係。應依委任之規定決之。卽保證人爲受任人。其因履行保證債務而爲清償或其他消滅主債務行爲。斯爲處理委任事務。而主債務人爲委任人。應使保證人毫不因此受損。故保證人所清償之原本、清償以後之法定利息、必要費用、及其他損害。均得向主債務人請求償還。（五四六條參照）

未受委任而爲保證時之求償依無因管理之規定決之

三　保證人未受委任而爲保證時之求償　保證人未受主債務人之委任而爲保證者。此則未受委任。並無義務。而干預他人事務。在保證人與主債務人間。應生無因管理之關係。（一七二條參照）其求償關係。亦應依無因管理之規定決之。卽保證人辦理保證事務。利於主債務人並不違反其意思者。則保證人所清償之原本、清償以後法定利息、必要費用、及其他損害。均得向主債務人請求償還。（一七六條參照）若不利於主債務人並違反其意思者。保證人僅於主債務人因保證人清償或其他消滅主債務行爲所得利益之限度內。得向主債務人請求償還而已。（一七七條參照）

第三項　保證人之代位權

何謂保證人之代位權

一　保證人代位權之意義　保證人之代位權云者。謂保證人向債權人為清償後。（或為其他免責行為後）得就債權人對於主債務人之債權。代位行使其權利也。質言之卽債權人對於主債務人之債權。並不因保證人之清償。歸於消滅。而乃移轉於保證人。使得行使其權利也。（七四九條）各立法例關於保證人之代位權。多經明定。【註一】日民雖無明文。而解釋亦同。蓋保證人之求償權。必須有代位權。以資確保。故我民倣多數立法例。特予明定。然實不過第三一二條之應用耳。

【註一】德民七七四條、奧民一三五八條、法民二〇二九條、蘇俄民法二四六條、瑞債五〇五條。

保證人代位權之效力

二　保證人代位權之效力　茲述其重要效力於左。

1　債權之移轉　代位乃債權之移轉。其效力與債權讓與無異。故債權所有利益

及瑕疵。均移轉於保證人。卽債權人所有一切權能（如履行請求權、損害賠償請求權、代位權、撤銷權等是）及附隨權利。（例如質權、抵押權、違約金等）均由保證人繼承。而主債務人對於債權人所有之抗辯。亦得以對抗保證人是也。

代位權行使之範圍

2　代位行使之範圍以得求償者爲限　代位權之目的。在確保求償權。其行使範圍。應依得求償之範圍。故保證人以主債務較少額數。而消滅主債務時。僅得於實際給付之額數範圍內。代位行使債權人之權利耳。【註二】我民法第七四九條。所謂於淸償之限度者。蓋以此也。

【註二】例如主債務人對於債權人負千元債務。而保證人僅淸償八百元。卽使該債務全行消滅時。保證人僅得於八百元之範圍內。得行使債權人之權利是。

3　代位與內部關係　保證人之代位權。乃出於法律規定。原於保證人與主債務人之內部關係無涉。故保證人雖取得代位權。而主債務人本於內部關係所有之抗辯。並不受其影響。仍得對於保證人主張之。（德民七七四條後段瑞債五〇五條二項參照）

代位權與求償權之併存

三　代位權與求償權　代位權之目的。僅在確保求償權。此二種權利。自得併存。並非排斥。故保證人就代位權與求償權。不僅得選擇行使。且可一併行使。惟依一種權利之行使。已受全部清償。則他種權利。自歸消滅。

第四項　保證人清償前之免責請求權

何謂清償前免責請求權

一　保證人清償前免責請求權之意義　清償前之免責請求權云者。謂保證人具有法定情形時。於未對債權人清償前。得向主債務人。請求免去自己保證責任之權利也。蓋保證人固須對債權人爲清償後。始得向主債務人行使求償權或代位權。但主債務人之履行。若不確實。或保證人已臻應卽清償之狀態。恐事後再行使此等權利。終歸有名無實。自須另設事前救濟方法。以保護保證人之利益。考各立法例。有設清償前免責請求權者。有設清償前預先求償權者。【註一】故我民法亦於第七五〇條

受委任之

。設有清償前免責請求權。惟明定須受主債務人之委任而爲保證者。始得有此權利

保證人始得有清償前免責請求權

。若未受委任而爲保證者。自無此權利。其限制較德瑞爲嚴。【註二】蓋在已受委任而爲保證者。主債務人爲委任人。對其受任人。（卽保證人）有使勿受損害之責任。不僅事後已受之損害。應予賠償。而事前受損之危險。亦應加防衛。故保證人向主債務人。得請求除去其保證責任。至於未受委任而爲保證者。保證人與主債務人之間。僅生無因管理之關係。必須保證人實行清償之後。始有求償權及代位權而已。（一六一條一七七條並七參照七四九條）在其未清償以前。保證人對於主債務人。毫無何等權利。顯與委任關係有別。（五四五條參照）自不得請求除去其保證責任。

【註一】德民定爲保證人於法定情形時。有清償前免責請求權。瑞債定爲保證人於法定情形時。得向主債務人請求提出擔保。但主債務人已屆清償期者。保證人有清償期前免責請求權。至於法民日民。則定爲保證人於法定情形。有清償期預先求償權。

【註二】保證人未受主債務人之委任而爲保證者。是否有清償前免責請求權或預先求償權。各立法例。殊不一致。瑞士債務法。毫無限制。保證人無論是否曾受委任。均有清償前免責請求權。（

瑞債五一二條）德民法定爲保證人受主債務人之委任而爲保證者。又保證人因擔承保證。依無因管理之規定。對主債務人有受任人之權利者。均有清償前免責請求權。（德民七七五條）法民法亦定爲凡保證人均有清償前預先求償權。並無限制。（法民二〇三二條）惟日民則限於保證人受任而爲保證者。始有清償前預先求償權。（日民四六〇條）故我民第七五〇條。雖倣德民七七五條。而關於此項限制。則與日民無異。但由立法論言之。仍以全倣德民爲優。因我民法未受委任而爲保證者。若有利本人並不違反其意思者。依無因管理之規定。對主債務人所有權利。固與委任關係之受任人。無大懸殊也。（一七六條五四六條參照）

得爲清償前免責請求權之法定情形

二 保證人得爲清償前免責請求權之法定情形　保證人受主債務人之委任而爲保證者。有左列情形之一時。得向主債務人。請求除去其保證責任。（七五〇條）

1 主債務人之財產顯形減少者　主債務人之財產既顯形減少。則能否履行其主債務。甚不確實。故應使保證人有清償前免責請求權。以保護之。【註三】

【註三】 德民瑞債之規定。均與我民同。（德民七七五條二款瑞債五一二條三款）但法民日民則定

爲必須主債務人已宣告破産。且債權人不加入其財團之分配者。保證人始有清償前預先求償權。(法民二〇三二條二款日民四六〇條一款)

2 保證契約成立後主債務人之住所營業所或居所有變更致向其請求清償發生困難者　在此情形。保證人因喪失檢索之抗辯。(七四六條二款參照)已臻應即清償之狀態。故使保證人有清償前免責請求權。以保護之。【註四】

【註四】　德民規定。與我民同。(德民七七五條二款)

3 主債務人履行債務遲延者　主債務人應履行而不履行。其是否履行。已不確實。故使保證人有清償前免責請求權。以保護之。【註五】

【註五】　德民瑞債之規定。均與我民同。(德民七七五條三款瑞債五一五條二款)惟法民日民定爲主債務已屆清償期。保證人卽有其清償前預先求償權。毋庸須至履行遲延。(法民二〇三二條四款日民四六〇條二款)

4 債權人依確定判決得令保證人清償者　在此情形。保證人之應清償。業已確

定。故使保證人有淸償前免責請求權。以保護之。【註六】

【註六】德民規定與我民同。（德民七七五條四款）瑞債無此規定。法民日民則定得有淸償前預先求償權。（法二〇三二條一款日民四五九條一項前段）

使保證人免責之方法

三　使保證人免責之方法　我民法第七五〇條。所謂除去保證責任者。卽言主債務人應爲一定行爲。以消滅保證人所負保證債務。使免其責也。主債務人使保證人免責之通常方法。固多係向債權人淸償債務。而另設物的擔保。以代人的擔保。或另覓他人。使承擔保證債務。亦無不可。惟主債務未屆淸償期。若強使主債務人先期淸償。未免有傷主債務人之期限利益。故主債務人得提出相當擔保於保證人。以代保證責任之除去。（我五〇條二項德民七七五條二項）

第五節　保證債務之消滅

保證債務。依通常債務之一般消滅原因。固歸消滅。但尙有其特別消滅原因。茲

分述於左。

主債務消滅者

一　主債務消滅者　主債務消滅時。保證債務亦隨同消滅。此乃從屬性當然之結果也。【註一】惟主債務因可歸責於主債務人之事由。致給付不能者。仍存續損害賠償債務。（二二六條參照）故保證債務。亦仍存續。

【註一】瑞債五〇一條蘇俄民法二四九條。並明文規定。

混同

二　混同　主債務與保證債務。同歸於一人者。保證債務。應依混同而消滅。蓋以併行存續。於債權人別無利益也。若保證債務較主債務有利益時。（例如附有擔保或違約金等）則保證債務。仍不消滅。至於主債務與債權。同歸於一人者。其主債務已依混同而消滅。保證債務。自亦隨同消滅。

債權人拋棄擔保物權者

三　債權人拋棄其擔保物權者　債權人拋棄爲其債權擔保之物權者。保證人就債權人所拋棄權利之限度內。免其責任。（七五一條）【註一】蓋債權人之債權。附有質權、抵押權等擔保物權時。本較確實易行。若竟拋棄擔保物權。而向保證人請求。未免有

失公允。故使保證人就債權人所拋棄權利之限度內。免其責任。此項擔保物權之設定。無論在保證人承擔保證之前後。均所不問。【註二】至於債權人對於共同保證人中之一人。拋棄其權利者。他保證人。應否亦因此免責。【註三】應解爲依第二七六條之規定。以債權人有無消滅全部債務之意思表示爲標準。決定他保證人免責之範圍。如債權人無消滅全部債務之意思表示。則他保證人僅於該保證人內部分擔部分之限度內。免其責任。再保證債務與擔保物權併存時。除先就擔保物受償有困難外。應就擔保物。儘先受償。【註四】此乃保證人有檢索抗辯當然之結果也。

【註一】德民、蘇俄民法、日民。均有此項規定。惟與我民稍有出入耳。(德民七七六條俄民二四八條日民五〇四條)

【註二】德民關於此點。業經明定。(德民七七六條後段)

【註三】德民關於此點。業經明定。(德民七七六條中段)蘇俄民法。雖無明文。但概括的規定債權人拋棄其受償之優先權。或爲債務人利益所設債務保證者。並非具體的規定。以擔保物權爲限。

是亦包含在內。

【註四】　前大理院判例。謂債權關係。如於設定擔保物權外。並立有保證人者。該主債務人不清償。自應先儘擔保物權。儘先拍賣。（六年上字四〇三號）

定期保證之免責條件

四　定期保證之免責條件　約定保證人僅於一定期間內爲保證者。此之謂定期保證。如債權人於其期間內。對於保證人不爲審判上之請求。保證人免其責任。（七五二條）蓋保證當事人間。既約定保證人僅於一定期間內爲保證。則保證人僅於所定期間內。負保證債務。本應逾期。即行免責。惟恐債權人因偶爾遺誤。即喪失保證利益。故更以債權人在期間內不爲審判上之請求。作爲保證人免責之條件。【註五】

【註五】　我民此條規定。本倣德民瑞債。惟瑞債定爲債權人於其期間經過後四星期內。不主張債權。且顯然不連接追訴時。保證人之義務。即行消滅。（瑞債五〇二條）又德民定爲債權人如不依第七七二條之規定。（即就主債務人財產爲強制執行之規定）迅即索取債權。又顯然不連接辦理其程序。且其程序終結後。對於保證人不從速通知請求之意旨者。保證人於其期間經過後。即免其責。（

德民七七七條）雖與我民各有不同。而恐債權人因偶爾遺誤。致失保證利益。更設保證人免責條件。則均屬相同。

無期限保證之免責條件

五　無期限保證之免責條件　約爲保證而未定其期間者。謂之無期限保證。（七五三條一項）（前段參照）其保證人如何始得免責。應分別主債務有無確定清償期。以說明之。

主債務有確定清償期者

1　主債務有確定清償期者　保證未定期間者。保證人於主債務清償期屆滿後。得定一個月以上之相當期限。催告債權人。於其期限內向主債務人爲審判上之請求。若債權人不於此項期限內。向主債務人爲審判上之請求。則保證人免其責任。（七五三條）【註六】蓋保證人對於有一定期限之債務。約爲保證者。乃保證其按期履行。並無永負保證債務之意思。故保證雖未定期間。而仍使保證人得由上述催告程序。以圖免責。若債權人受催告之後。不爲審判上之請求。則難免有懈怠情事。即使保證人免其責任。至於保證人須於主債務清償期屆滿後。始得催告債權人向主債務人爲審判上之請求者。蓋以清償期爲主債務人之利益。債權人原不得先

期請求也。

【註六】 我民此項規定。保做瑞債。(五〇三條一項三項)至於蘇俄民法。則定爲債權人於主債務清償期屆滿後三個月內。不向保證人請求者。保證即行消滅。(俄民二五〇條前段)

主債務無確定清償期者

2 主債務人無確定清償期者　保證未定期間。而主債務亦無確定清償期者。若債權人不催告履行。而債務人亦不履行。則永無清償期屆至之時。致使保證人隨同永遠負責。未免過刻。亦應使保證人有免責方法。但我民法毫無規定。【註七】自應解爲準用前述規定。保證人得定相當期限。催告債權人向主債務人催告履行。並連接爲審判上之請求。若債權人於此項期限內不爲催告及審判上之請求者。保證人即免其責任。其所以須催告債權人向主債務人催告者。蓋以必經債權人催告。而清償期始屆至也。

【註七】 瑞債定爲債權人之清償期。須因債權人之催告而生者。保證人於訂立保證經過一年後。得請求債權人向主債務人爲催告。並於清償期屆至後連接追訴。若債權人不應其請求。則保證人即免

其義務。（瑞債五〇三條二項三項）蘇俄民法定爲主債務無確定清償期者。苟無特別訂定。則保證人之責任。自訂立保證契約之日起。經過一年後。即行消滅。（俄民二五〇條後段）

無期限連續保證之終止

六　無期限連續保證之終止　就連續發生之債務爲保證。〔註八〕而未定有期間者。保證人得隨時通知債權人終止保證契約。在此項情形。保證人對於通知達到債權人後所發生主債務人之債務。不負保證責任。（七五四條）蓋保證人就連續發生之債務。而爲主債務人概括的承擔保證者。必須信用主債務人或與有特別情感。若信用已失或情感變動之後。僅因保證未定期間。仍使保證人對嗣後續生之債務。繼續負責。未免過刻。故使保證人得隨時終止保證契約。以免其嗣後責任。按終止契約之方法。應準用契約解除之規定。由保證人向債權人以意思表示爲之。（二六三條二五八條參照）其意思表示之通知。以達到時發生終止之效力。（九五條參照）通知達到債權人之時。即爲終止保證契約發生效力之時。以後所生主債務人之債務。保證人自不負保證責任。若以前所生之債務。保證人仍應負保證責任。蓋以終止契約。僅向嗣後生效也。

【註八】 例如就陸續隨時借用金錢約爲保證。又如就陸續隨時賒買貨物。約爲保證。又如就繼續住店之房飯錢約爲保證等是。

主債務之延期

七 主債務之延期 就定有期限之債務爲保證者。如債權人允許主債務延期淸償時。保證人除對於延期已爲同意外。不負保證責任。（七五五條）蓋保證人乃着眼一定期限。以爲保證。若延長期限。猶使負責。未免違背保證人之初衷。且恐一再延期。不僅保證人無免責機會。而利息迭增。負擔亦重。故除保證人同意延期者外。即使保證人不負保證責任。【註九】

【註九】 英國判例亦謂債權人不經保證人之同意而延長主債務之期限者。保證債務。當然消滅。

第六節 特殊保證

第一款 信用委任

何謂信用委任

一　信用委任之意義　信用委任云者。謂委任他人。以該他人之名義及其計算。供給信用於第三人也。（七五六條前段德民七七八條前段）例如甲委任乙。以乙之名義及其計算。出貸金錢或賒賣貨物於丙是。甲爲委任人。乙爲受任人。委任人之委任受任人。供給信用於第三人。必須使以受任人之名義及其計算。即第三人因受領信用所負之債務。必須以受任人爲債權人。而由該債務所生之損益。亦須歸屬於受任人也。若夫受任人以委任人之名義。供給信用於第三人者。則受任人不過僅以代理人之資格。代委任人爲行爲而已。自非信用委任。又受任人以委任人之計算。供給信用於第三者。不過係通常委任。亦非信用委任。

信用委任之效力

二　信用委任之效力　在信用委任。受任人供給信用於第三人時。（例如出貸金錢或賒賣貨物是）該第三人即因受領信用。對於受任人負擔債務矣。委任人就該第三人所負債務。對於受任人。應負保證責任。（七五六條後段德民七七八條後段）故信用委任。雖爲委任關係。而擔保他人債務。實同保證。可謂爲委任與保證之混合契約。【註一】於委任與保證之規定。均

應適用也。

【註一】自羅馬法以來。已認有信用委任。在德國普通法。關其性質。學說紛歧。或謂爲保證。或謂爲委任。或謂爲擔保契約。或謂爲保證與委任之混合契約。迄德民法。爲防杜學說紛歧起見。於保證中規定明文。（德民七七八條）嗣後通說。遂多主張爲委任與保證之混合契約矣。

第二款 身元保證

身元保證之種類

一 身元保證之種類 身元保證。注重在保證債務人其人。我國習慣。實所常有。但我民法。別無規定。其性質及效力若何。應就各該情形。解釋當事人之意思。以資決定。通常所習見者。大別爲二。

職務保證

1 職務保證 即保證人對於債權人。就債務人之身體、性行、及技能。保證堪任其業務。並就其業務執行所生損害。負擔責任之債務也。【註一】此種契約。在訂立僱傭契約或有償委任契約時。實所常有。【註二】論其性質。乃保證將來之債

務。自係一種保證契約。至其保證債務之範圍。即(一)因債務人不履行一定契約。（例如委任僱傭等）致債權人所受之損害。(二)債務人關於業務之執行。因故意或過失所加於債權人之損害。此二種損害。均由保證人任賠償之責。【註三】故債務人消費業務上債權人之金錢或拐帶逃走等犯罪行爲。保證人亦應任賠償之責。

【註一】瑞債第五〇四條。關於職務保證及僱傭保證。設有規定。惟瑞債所謂職務。係指因委任所生之職務而言。故與僱傭有別。

【註二】所謂訂立僱傭契約時。多適用職務保證者。例如我國銀行、商店等。僱用經理人或其他職員。多須由保證人保證是。所謂訂立有償委任契約時。多適用職務保證者。例如我國銀行、商店。約請買辦或代辦商。多須由保證人保證是。

【註三】前大理院判例。謂保證不限於金錢債務。即就僱傭契約言。亦得爲之保證。故保證人於締約之時。曾約被保人任事之後。倘有舛誤等弊。概歸保證人承當。則保證目的。當然包含被保人因違反義務所生損害賠償責任在內。(五年上字一〇三二號)

承管債務人本身事故之契約

2　承管債務人本身事故之契約　此則多適用於訂立純粹勞務僱傭契約時。〔註四〕受僱人本身所生事故。於僱用人有利害關係者。均由保證人承管。即保證人不僅保證受僱人之身體、性行、及技能。堪服所約定之勞務。其拐逃或竊取僱用人之財物。無論與所服勞務有無關係。概由保證人負責。又受僱人不服約束。或身罹重病。亦由保證人負勸導或擔任救護之責。此種契約。雖專重保證受僱人其人。論其性質。仍係一種保證契約。不過所保證之範圍。與職務保證。有出入耳。

〔註四〕　例如薦頭行所出保單是。

身元保證之存續

二　身元保證之存續及終止　身元保證。苟無特約。則在所保證之一定契約存續中。有其效力。故所保證之一定契約有期限者。身元保證。亦係有期限。若所保證之一定契約。無期限者。身元保證。亦爲無期限。惟身元保證。僅可解爲保證債務人在保證契約訂立時之地位。若在僱傭契約。其所保證之受僱人地位。顯有變動時。

受僱人地位變動之影響

〔註五〕保證人對其地位變更後所生損害。自不負賠償之責。

身元保證之終止

在身元保證契約。保證人是否得以其一方意思。終止契約。稱謂保證契約未定期間者應準用第七五四條之規定。保證人得終止契約。但爲顧全債權人及債務人之利益計。應定相當期限。預先通告。俟經過此期限後。卽生終止之效力。【註六】若保證契約定有期間者。保證人自不得以一方意思終止契約。（七五四條一項之反面解釋）但債務人實有背任行爲加害債權人。而債權人仍舊信用債務人。不予辭退者。雖在期間屆滿以前。保證人亦得終止契約。【註七】

【註五】　例如保證時僅爲學徒。嗣後推升爲夥友及經理是。

【註六】　日本大審院判例。謂終止之通知後。必須均經過相當時間之時期。生終止之效力。始得謂爲適合締結身元保證契約當事人之意思。（日本大正四年レ字第八六三號）

【註七】　日本大審院判例。謂身元保證契約。雖定有一定期間。但使用人因被用人之背任行爲。受有損害。已發生法律上解僱原因。而仍不解僱。依然使用時。身元保證人。自得以自己一方之意思表示。向將來解除身元保證契約。（日本大正四年レ字第八六三號）

第三款　其他各種特殊保證及保證債務類似關係

再保證

一　再保證　再保證亦稱爲副保證。【註一】或複保證。卽保證之保證也。例如甲保證主債務。乙更保證甲之保證債務。則甲稱爲主保證人。而乙稱爲再保證人。是再保證之成立。以主債務及主保證之存在爲前提。其中苟有自始無效或嗣後消滅者。再保證亦隨同無效或消滅。又再保證人對於主保證人之關係。恰如主保證人對於主債務人之關係。應依一般保證之規定。卽主保證人不履行時。應由再保證人代負履行責任。

【註一】通俗所用正保證人副保證人字樣。與茲所謂副保證。非必相符。

求償保證

二　求償保證　求償保證。亦稱爲逆保證。謂對於保證人。保證其向主債務人之求償權也。此則與普通保證無異。

三　賠償保證　賠償保證。亦稱爲無資力保證。謂保證人僅就因債務人無資力致債

權人不能受履行之部分。代爲履行之保證債務也。故債權人須證明已向主債務人請求。並未得淸償之事實。始得向保證人請求。關於此點。其與普通保證異者。卽以檢索爲債權人請求要件。非以爲保證人之抗辯也。

票據保證

四　票據保證　票據保證者。謂以擔保他人票據債務所爲之保證也。其保證人與被保證人負同一責任。（票據五八條一項）故票據保證。有獨立性質。與民法上之保證不同。卽(一)民法上保證人。有檢索抗辯之利益。而票據保證人則無之。(二)民法上保證。凡主債務人所有抗辯。保證人得主張之。而在票據保證。被保證人所有之抗辯。票據保證人則不得主張之。(三)在民法上保證。須保證人明知主債務因錯誤或行爲能力欠缺無效而仍爲保證者。其保證人始獨立負責。但在票據保證。被保證人之債務。苟因無能力或簽名僞造以致無效者。不問票據保證人是否明知。均應獨立負責。（票據法五八條本文並參照五一二條）

損害擔保

五　損害擔保契約　損害擔保契約云者。謂某人對於他人約定以一定限度。塡補其

契約

所蒙損害之契約也。【註二】其約爲塡補之某人。謂爲擔保人。其約受塡補之他人。謂之被擔保人。又第三人對於債權人。約定塡補其債務人不履行所生損害之契約。亦爲損害擔保契約之一種。此項損害擔保契約。核與保證契約。頗相類似。然兩者性質。實不相同。卽(一)擔保人對於被擔保人所蒙損害。始任塡補之責。縱令對於債權人(被擔保人)約定塡補其債務人不履行所生損害。亦僅任塡補損害而已。並非如保證人應就債務人之債務。代負履行責任。(二)擔保人所負擔保債務。乃獨立債務。而保證人所負保證債務。則爲從債務。由此觀之。損害擔保契約。實非保證契約。

【註二】　例如國家因獎勵航業。對於輪船公司。約定補償其營業所蒙損害之契約。又如鄉區因招來西醫。對於開業西醫。約定補償其收入之契約是。

清償他人債務之契約

六　清償他人債務之契約　清償他人債務之契約云者。謂第三人對於債權人。約定清償他人債務之契約也。其清償他人債務。固與保證債務。極相類似。然乃約定獨

立淸償他人債務。非如保證債務。其主債務人不履行時。始代負履行責任。故對於債權人負擔獨立債務。與他人債務。無主從關係。而債務人所有抗辯。亦不得主張。此卽與保證債務所以異也。

併存的債務承擔

七　併存的債務承擔　併存的債務承擔云者。謂原債務人之債務。不因承擔歸於消滅。而承擔人則與原債務人共負債務之契約也。承擔人與原債務人。對於債權人。均負債務。固與保證債務頗相類似。但兩者實不相同。卽(一)保證債務之原因。在擔保他人債務。故保證債務與其主債務。原因各異。而併存的債務承擔。其承擔人乃按原債務之原因。以爲承擔。故承擔人之債務與其原債務。原因同一。(二)保證債務爲從債務。而承擔人之債務則非從債務。

民法債編各論終